

TAMPEREEN YLIOPISTO

Johtamiskorkeakoulu

Amina Sarpola

**KONSENSUSTULKINTA JA OPPI VALTION HARKINTAMARGINAALISTA
EUROOPAN IHMISOIKEUSTUOMIOISTUIMEN JA JÄSENVALTIOIDEN VÄLISEN
VALTASUHTEEN KUVAAJINA**

Pro Gradu –tutkielma

Julkisoikeus

Tampere 2016

Alkusanat

Tämä Pro Gradu –tutkielma on tehty Tampereen yliopiston Johtamiskorkeakoululle julkisoikeuden opintosuuntaan. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntö ja konsensusargumentit ovat kiinnostaneet minua ensimmäisestä valtiosääntöoikeuden johdatuskurssista lähtien. Kandidaatintutkielman aihetta valitessa valinta oli helppo ja siirtyminen saman aiheen kanssa Pro Gradu –tutkielman kirjoittamiseen oli luonteva päätös.

Kirjoittamisprosessi on toisen opiskelupaikan saamisen johdosta pitkittynyt ja tuntunut välillä suorastaan loputtomalta, vaikka palo aihetta kohtaan ei ole missään vaiheessa laantunut. Nyt kun voin viimein sanoa tutkielman valmistuneen, haluaisin kiittää ohjaajaani hallintotieteiden tohtori Jukka Viljasta ohjeista ja neuvoista kirjoittamisprosessin aikana.

Helsingissä 16.11.2016

Amina Sarpola

Johtamiskorkeakoulu

AMINA SARPOLA: Konsensustulkinta ja oppi valtion harkintamarginaalista Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja jäsenvaltioiden välisen valtasuhteen kuvaajina

Pro Gradu –tutkielma, vi + 78 s.

Julkisoikeus

Marraskuu 2016

TIIVISTELMÄ

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on erityisessä asemassa valvoessaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen noudattamista Euroopassa. Ylikansallisena tuomioistuimena se saa toimivaltansa ja legitimitettinsä jäsenvaltioilta. Jäsenvaltiot eivät kuitenkaan välttämättä ole valmiita hyväksymään ylikansalliselta tuomioistuimelta ratkaisuja, mikäli kokevat niiden olevan liian kaukana jäsenvaltion omasta arvopohjasta tai vaikuttaa siltä, ettei tuomioistuin ole huomionnut kansallisen oikeuden erityispiirteitä.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin tasapainoilee ihmisoikeuksien suojaamisen ja minimitason määrittämisen sekä jäsenvaltioiden näkökohtien välillä. Tässä tasapainoilussa apuna ovat tulkintadoktriinit ja erityisesti harkintamarginaalioppi, jonka avulla tuomioistuin määrittää, paljonko jäsenvaltiolla on liikkumavaraa Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeuksien tulkitsemisessa rajoituslausekkeiden avulla. Harkintamarginaaliopin laajuutta monesti tutkitaan konsensusargumenttien kautta, joiden merkitys tapausten ratkaisuihin vaihtelee.

Tutkielman tarkoituksena on vastata kysymykseen siitä, miten tuomioistuin käyttää harkintamarginaalioppia ja konsensustulkintadoktriinia tulkinnassaan ja mitä tämä kertoo tuomioistuimen ja jäsenvaltioiden välisestä valtasuhteesta. Tulkintaa analysoidaan useiden merkittäväksi muodostuneiden oikeustapausten kautta ja vertaamalla niissä esiintyvää harkintaa toisiinsa.

Sisällysluettelo

LÄHTEET	ii
1. Johdanto	- 1 -
1.1 Aiheen taustaa	- 1 -
1.2 Tutkimuskysymyksestä ja rajouksista	- 6 -
1.3 Tutkimuksen metodit ja aineisto	- 10 -
1.4 Tutkimuksen alustava rakenne	- 10 -
2 Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnan historia.....	- 12 -
2.1 Wienin sopimus Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa.....	- 12 -
2.2 Julistukset Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön muovaajana	- 16 -
2.3 Euroopan ihmisoikeussopimuksen legitimitetti ja noudattaminen.....	- 20 -
2.4 Vertailukohta: Ihmisoikeudet Euroopan unionin oikeudessa.....	- 26 -
2.5 Yhteenveto	- 30 -
3. Harkintamarginaalioppi ja konsensus tulkintadoktriineina.....	- 32 -
3.1 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintadoktriineista.....	- 32 -
3.2 Konsensustulkinta oikeustapauksissa.....	- 38 -
3.2.1 Konsensus aborttioikeutta koskevassa tapauksessa	- 38 -
3.2.2 Konsensus samaa sukupuolta olevien avioitumisoikeuksia koskevassa tapauksessa ...	- 40 -
3.2.3 Konsensus transsukupuolisten oikeuksia koskevissa tapauksissa.....	- 42 -
3.2.4 Konsensus seksuaalivähemmistöjen adoptio-oikeuksia koskevan tulkintajatkumon tapauksissa	- 44 -
Frette v. Ranska.....	- 45 -
E.B. v. Ranska.....	- 47 -
Gas ja Dubois v. Ranska	- 48 -
X ym. v. Itävalta.....	- 50 -
3.2.5 Vertailu ja yhteenveto tapauksista.....	- 54 -
3.3 Yhteenveto	- 57 -
4. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkitsijana	- 62 -
4.1 Valtasuhteet uskonnonvapautta koskevissa ratkaisuissa.....	- 62 -
4.2 Yhteenveto	- 72 -
5. Johtopäätökset.....	- 73 -

LÄHTEET

Kirjallisuus ja artikkelit

Brems, E. & Gerards, J.H. 2013, *Shaping rights in the ECHR : the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, .

Brems, E., 2008, *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, Antwerpen.

Christoffersen, Jonas & Madsen, Mikael Rask: *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford University press 2011.

Dembour, Marie-Benedicte: *What are human rights? Four schools of thought*, Human Rights Quarterly, Volume 32, Number 1, February 2010, pp. 1-20

Dembour, Marie-Benedicte: *Who believes in human rights? Reflections on the European Convention*, The Modern Law Review Volume 70, Issue 4, pages 709–712, July 2007

Dzehtsiarou, K. 2012, "*The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*", by Andrew Legg. Oxford: Oxford University Press, 2012, 264pp .", Legal Studies, vol. 32, no. 4, pp. 688-692.

Dzehtsiarou, Kanstantsin: *Does consensus matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Public Law, July 2011

Dzehtsiarou, Kanstantsin: *European Consensus: A Way Of Reasoning*, UCD Work-ing Papers in Law, Criminology, & Socio-Legal Studies Research Paper No. 11/2009

Eckes, C. 2013, *EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation* *The Modern Law Review*, vol. 76, no. 2, pp. 254-285.

Fenwick, D. 2014, *Abortion jurisprudence at Strasbourg: deferential, avoidant and normatively neutral*, Legal Studies, vol. 34, no. 2, pp. 214-241.

Fenwick, H. 1999, *The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation*, The Modern Law Review, vol. 62, no. 4, pp. 491-514.

Gerards, J. 2011, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, European Law Journal, vol. 17, no. 1, pp. 80-120.

Greer, Steven: *The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press 2006.

Haeck, Y. & Brems, E. 2014, *Human rights and civil liberties in the 21st century*, Springer, Dordrecht.

Helfer, Laurence R. 1993, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, Cornwall International Law Journal vol. 26.

Hillebrecht, Courtney: *Implementing International Human Rights Law at Home: Domestic Politics and the European Court of Human Rights*, Springer Science + Business Media B.V. 2012.

Hirvelä, Päivi & Heikkilä, Satu: *Ihmisoikeudet – käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön*, Edita Helsinki 2013

Hirvonen, Aki: *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan*, Helsinki 2011

Jacobs, White & Ovey: *The European Convention on Human Rights*, Fifth edition, Oxford University press 2010

Johnson, P. 2014, *Sociology and the European Court of Human Rights*, The Sociological review, vol. 62, no. 3, pp. 547-564.

Jordan, Pamela: *Does Membership Have Its Privileges? Entrance into the Council of Europe and Compliance with Human Rights Norms*, Human Rights Quarterly 25 2003, s. 660-688.

Koivisto, Ida: *Johdatus hyvään hallintoon*, Forum Iuris Helsinki, 2014

Kratochvíl, Jan: *The inflation of the margin of appreciation by the European court of human rights*, Netherlands quarterly of human rights 3/2011

Krisch, N. 2008, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, The Modern Law Review, vol. 71, no. 2, pp. 183-216.

Leigh, I. & Ahdar, R. 2012, *Post-Secularism and the European Court of Human Rights: Or How God Never Really Went Away*, The Modern Law Review, vol. 75, no. 6, pp. 1064-1098.

Letsas, George: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007

Letsas, George: *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for international lawyer*, The European Journal of International Law vol. 21 no 3.EJIL 2010

Letsas, George: *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, Ejil 2004

Madsen, M.R. 2007, *From Cold War Instrument to Supreme European Court: The European Court of Human Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics*, Law & Social Inquiry, vol. 32, no. 1, pp. 137-159.

McNulty, D., Watson, N. & Philo, G. 2014, *Human Rights and Prisoners' Rights: The British Press and the Shaping of Public Debate*, The Howard Journal of Criminal Justice, vol. 53, no. 4, pp. 360-376.

Ojanen, Tuomas: *Perusoikeusjuridiikka*, Forum Iuris Helsinki 2015

Pellonpää, Matti: *Euroopan ihmisoikeussopimus*, Talentum Helsinki 2012

Pellonpää, Matti: *Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta*. Teoksessa Heinonen – Lavapuro (toim.): *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen*, s. 69–94. Vantaa 2012.

Rautiainen, Pauli: *Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa: konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalioppi*, Lakimies 6/2011 s. 1152–1171

Rui, Jon-Petter : *The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights?*, Nordic Journal of Human Rights Vol. 31 no. 1, 2013

Sabel, C.F. & Gerstenberg, O. 2010, *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, European Law Journal, vol. 16, no. 5, pp. 511-550.

Viljanen, Jukka: *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights*

Internet-lähteet

Uutinen, The Guardian 2013, <http://www.theguardian.com/law/2013/dec/22/britain-european-court-human-rights>, viitattu 19.1.2015

Zucca, Lorenzo: A Comment on Lautsi: <http://www.ejiltalk.org/a-comment-on-lautsi/#more-3161>, viitattu 17.8.2016.

Virallislähteet

Euroopan ihmisoikeussopimus 63/1999

Asetus Euroopan neuvoston perussäännön voimaansaattamisesta 21/1989

Wienin yleissopimus (SopS 33/1980)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeustapaukset

A.B. ja C. v. Irlanti (Hakemus nro. 25579/05) 16.12.2010

Animal Defenders International v. Iso-Britannia (Hakemus nro. 48876/08) 22.4.2013

Christine Goodwin v. Iso-Britannia (Hakemus nro. 28957/95) 11.7.2002

E.B. v. Ranska (Hakemus nro. 43546/02) 22.1.2008

Fretté v. Ranska (Hakemus nro. 36515/97) 26.5.2002

Gas and Dubois v. Ranska (Hakemus nro. 25951/07) 15.6.2012

Handyside v. Iso-Britannia (Hakemus nro. 5493/72) 7.12.1976

Lautsi ym. v. Italia (Hakemus nro. 30814/06) 1.3.2011

Leyla Sahin v. Turkki (Hakemus nro. 44774/98) 10.11.2005

Marckx v. Belgia (Hakemus nro. 6833/74) 13.6.1979

S.A.S. v. Ranska (Hakemus nro. 43835/11) 1.7.2014

Schalk and Kopf v. Itävalta (Hakemus nro. 30141/04) 22.11.2010

Sheffield and Horsham v. Iso-Britannia (31–32/1997/815–816/1018–1019) 20.7.1998

X ym. v. Itävalta (Hakemus nro. 19010/07) 19.2.2013

Muut

Bratza, Sir Nicholas: “Speech, High level conference”, Brighton 18.4.2012

Interlakenin julistus, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken 19.2.2010

Izmirin julistus, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Izmir 26.-27.4.2011

Brightonin julistus, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton 19.-20.2012

Luento, “*Whither the Margin of Appreciation?*” Dean Spielmann, CLP Lecture 20.3.2014

Stijn, Smet “*Lautsi v. Italy: the Argument from Neutrality*”, 22.3.2011

Weiler, Joseph: Puhe tapauksen Lautsi v. Italy –käsittelyssä

1. Johdanto

1.1 Aiheen taustaa

It [Margin of Appreciation] devolves a large measure of responsibility for scrutinising the acts or omissions of national authorities to the national courts, placing them in their natural, primary role in the protection of human rights. It is therefore neither a gift nor a concession, but more an incentive to the domestic judge to conduct the necessary Convention review, realising in this way the principle of subsidiarity.

Whither the Margin of Appreciation? Dean Spielmann, President ECHR, CLP Lecture 20.3.2014

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisuja ei ole aina nieltä jäsenvaltioissa purematta. Erityisesti Iso-Britanniassa mm. vankien oikeuksia koskeneet ratkaisut ovat ärsyttäneet ja pääministeri David Cameron on jopa väläyttänyt mahdollisuutta, että mahdollisesti Iso-Britannian pitäisi ”pelastaa itsensä EIT:ltä” ja vetäytyä Euroopan ihmisoikeussopimuksen ulkopuolelle.¹ Nära liittyy yleisesti keskusteluun siitä, millainen rooli EIT:llä pitäisi olla ihmisoikeustoimijana – tulisiko tuomioistuimen taata vain ihmisoikeuksien vähimmäistaso vai toimia aktiivisena ihmisoikeuksien edistäjänä tulkintadoktriiniansa avulla. Toista aiheeseen liittyvää ongelmaa koskee keskustelu siitä, millainen toimivalta EIT:llä pitäisi olla suhteessa demokraattiseen lainsäätäjään ja jäsenvaltioihin. EIT tulkitsee Euroopan ihmisoikeussopimusta niin sanotusti elävänä asiakirjana², mitä on kritisoitu demokraattisen lainsäätäjän ylenkatsomiseksi.³

Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS) suojaa ns. klassisia vapausoikeuksia.⁴ EIS:n 1 artiklassa oikeudet taataan jokaiselle sopimusvaltion oikeudenkäyttövallan alaiselle henkilölle, riippumatta siitä, onko heillä jonkin sopimuksen osapuolena olevan valtion kansalaisuus.⁵ Sopimuksen suojaamiin oikeuksiin liittyy myös rajoituslausekkei-

¹ The Guardian, 2013.

² ”Living instrument” –doktriinia tarkastellaan myöhemmin tarkemmin.

³ The Guardian, 2013.

⁴ Koivisto 2014, s 76. Vapausoikeudet ovat negatiivisia oikeuksia, jotka edellyttävät julkista valtaa pidättäytymästä jostain toiminnasta; yksilöllä on vapaus tiettyyn toimintaan ilman, että julkinen valta rajoittaa tai estää sitä.

⁵ Pellonpää 2012, s 16.

ta.⁶ Tyypillisesti artiklan ensimmäisessä kappaleessa määritellään oikeuden laajuus ja toisessa edellytykset, joilla oikeutta voidaan rajoittaa. Tällainen on esimerkiksi sananvapautta koskeva artikla 10. Artiklan ensimmäisessä kappaleessa määritellään artiklan aineellinen sisältö ja sananvapaussuojan ulottuvuudet. Toisessa kappaleessa todetaan, että oikeuteen voidaan tehdä rajoituksia, jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa esimerkiksi kansallisen turvallisuuden, alueellisen koskemattomuuden tai yleisen turvallisuuden vuoksi.⁷

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) valvoo Euroopan ihmisoikeussopimuksen suojaamien ihmisoikeuksien toteutumista sopimuksen allekirjoittaneissa ja ratifioineissa maissa. EIT ratkaisee yksilövalituksella vireille tulleita tapauksia, joissa se tulkitsee, onko jäsenvaltio loukannut EIS:n suojaamaa oikeutta vai ei. EIT voi katsoessaan jäsenvaltion syylliseksi velvoittaa sen maksamaan korvauksia henkilölle, jonka oikeuksia on loukattu. EIT ei voi pakottaa jäsenvaltiota muuttamaan lainsäädäntöään sellaiseksi, ettei se loukkaa Euroopan ihmisoikeussopimusta. Tosiasiassa EIT kuitenkin ottaa tuomioissaan yleensä kantaa siihen, onko tapauksessa ollut ongelmana kansallisen lainsäädännön sopimusvastaisuus vai ainoastaan yksittäistapauksellisen sovellutuksen sopimusvastaisuus. Tuomion saaneen jäsenvaltion tehtäväksi jää päättää, millä tavalla se huolehtii ihmisoikeusloukkauksen aikaansaaneen epäkohdan korjaamisesta.⁸

Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnan lähtökohtana on aina sopimuksen sanamuoto ja sopimusta tulkittaessa on huomioitava sopimuksen tarkoitus ja päämäärä.⁹ Jos jäsenvaltio on rajoittanut jotain sopimuksen takaamista oikeuksista, EIT arvioi rajoituksen laillisuutta suhteessa Euroopan ihmisoikeussopimukseen erilaisten tulkintadoktriinien avulla. EIT:n kehittämät tulkintadoktriinit, kuten harkintamarginaalioppi ja evolutiivisdynaaminen tulkintadoktriini, heijastelevat voimakkaasti sitä, millaisena EIT näkee oman roolinsa.¹⁰

Tapauksessa *Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta*, joka koski sananvapautta, EIT otti ensimmäistä kertaa käyttöön harkintamarginaaliopin tulkintadoktriininaan. Ratkaisussa EIT katsoi, että 10. artiklan toinen momentti jättää kansalliselle lainsäätäjäl-

⁶ Pellonpää 2012, s. 40.

⁷ Euroopan ihmisoikeussopimus, 63/1999.

⁸ Ojanen 2015, s. 90-91.

⁹ Pellonpää 2012, s. 209.

¹⁰ Letsas 2010, s. 511.

le ja juridisille toimielimille tietyn marginaalin, liikkumavaran, vaikkei momentti annakaan rajatonta harkintavaltaa.¹¹

Käyttäessään tulkintadoktriinina harkintamarginaalioppia, EIT etsii rajaa jäsenvaltion määräysvallan ja sopimuksen artiklan sanamuodon välille. Olennainen peruste harkintamarginaalin käytölle on, että joissain tapauksissa on katsottu kansallisten tuomioistuinten olevan paremmassa asemassa tekemään päätöksiä, jotka koskevat esimerkiksi kansalaisten arvoja, kuin ylikansallinen tuomioistuin.¹² Artikloissa 8-12 olevien rajoituslausekkeiden mukaan jäsenvaltio voi rajoittaa sopimuksen suojaamaa oikeutta, mikäli rajoituksella tavoitellaan hyväksyttävää päämäärää ja rajoitus on demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätön päämäärän saavuttamisen kannalta.

Rajoituksen välttämättömyyttä demokraattisessa yhteiskunnassa arvioitiin esimerkiksi EIT:n ratkaisussa *Animal Defenders v. Iso-Britannia*, jossa kaikki poliittinen mainonta televisiossa oli kielletty Iso-Britanniassa. Rajoitusta perusteltiin mm. sillä, että poliittisia sanomia sisältävät mainokset oli mahdollista välittää muita medioita pitkin, ja oli tasa-arvoisempaa, ettei kukaan saanut mainostaa televisiossa, koska se oli kalliimpaa, eikä kaikilla siksi olisi välttämättä ollut siihen mahdollisuutta.¹³ Tapauksessa EIT arvioi rajoituksen tarpeellisuutta demokraattisessa yhteiskunnassa ja totesi, että harkintamarginaalia 10. artiklan osalta kaventaa sananvapauden tärkeys demokraattisessa yhteiskunnassa.¹⁴ EIT totesi kuitenkin, että koska Euroopassa ei vallitse aiheesta konsensusta, voidaan jäsenvaltiolle antaa laajempi harkintamarginaali. EIT totesi, ettei rajoitus riko Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10. artiklaa.¹⁵

Toimenpiteiden laajuuden täytyy myös olla järkevässä suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden.¹⁶ Jäsenvaltion osoitettavaksi jää, että sen on ollut aihetta uskoa rajoitusten olleen välttämättömiä.¹⁷ Esimerkiksi myöhemmin tarkemmin käsiteltävässä *X and others v. Itävalta* –tapauksessa Itävalta ei onnistunut täyttämään todistustaak-

¹¹ *Handyside v. Iso-Britannia*, kohta 48.

¹² Smet 2013, Pellonpää 2012, s. 230. Ks. myös *A. B. and C v. Irlanti* kansallisten arvojen merkityksestä ja harkintamarginaalin suhteesta eri artikloihin: Hirvelä 2013, s. 25

¹³ *Animal Defenders v. Iso-Britannia*, kohta 88.

¹⁴ *Animal Defenders v. Iso-Britannia*, kohta 102.

¹⁵ *Animal Defenders v. Iso-Britannia*, kohta 123.

¹⁶ Hirvelä 2012, s. 672-673.

¹⁷ Rautiainen 2011, s. 1153.

kaansa ja EIT katsoi ettei se voinut osoittaa rajoitustoimenpiteiden olleen tarpeellisia.¹⁸

Harkintamarginaali on tyypillisesti laajempi sellaisten oikeuksien kohdalla, jotka koskettavat jäsenvaltioiden kansalaisten moraalisia arvoja. Harkintamarginaalin laajuuden määrittämiseen ei kuitenkaan ole ennalta määrättyjä kriteerejä ja harkintamarginaalin käyttötavat ja kriteerit vaihtelevat EIT:n tulkintakäytännössä. Toisinaan voi olla vaikea nähdä, millä perusteella harkintamarginaalin laajuus määräytyy, eikä EIT aina kattavasti avaa ratkaisuisaan miten se määrittelee marginaalin laajuuden.¹⁹ Yksi keino mitata jäsenvaltion harkintamarginaalin laajuutta on tutkia, vallitseeko asiassa konsensusta. Konsensusta voidaan hakea esimerkiksi jäsenvaltioiden lainsäädännöistä ja toisaalta myös esimerkiksi tiedeyhteisön näkemyksestä.²⁰

Harkintamarginaaliopin määritteenä toimimista voidaan pitää liian kapean viitekehystenä konsensusargumentoinnin käsitteelle. Erilaisilla konsensusargumenteilla myös selkeytetään EIS:n epäselviä mainintoja ja konsensusargumentointia käytetään yhtenä lähestymistapana autonomisen tulkinnan periaatteeseen.²¹ Konsensuksen olemassaololle ei ole olemassa määriteltyjä kriteereitä. Tyypillisesti rajoittaessaan harkintamarginaalia, EIT pyrkii toteamaan konsensuksen olemassaolon useasta lähteestä. Osoittaessaan että jäsenvaltiolla tulisi olla laaja harkintamarginaali, EIT tyytyy monesti toteamaan konsensuksen puuttumisen vain yhdestä lähteestä.²²

Mikäli asiassa katsotaan olevan laaja konsensus, EIT voi katsoa, että harkintamarginaali kyseisen asian suhteen on kapea, eikä jäsenvaltio siksi voi tehdä kovin suuria rajoituksia. Toisaalta, vaikka EIT katsoisi konsensuksen olevan olemassa, se ei välttämättä siltikään rajoita jäsenvaltion harkintamarginaalia. Näin EIT ratkaisi esimerkiksi tapauksen A. B. C. v. Irlanti, jossa Irlanti oli rajoittanut naisten mahdollisuutta tehdä abortti. EIT vahvisti, että muissa jäsenvaltioissa vallitsi laaja lainsäädännöllinen konsensus liittyen aborttilainsäädäntöön.²³ EIT kuitenkin katsoi, että aborttiky-

¹⁸ X and Others v. Itävalta, kohta 142.

¹⁹ Dzehtsiarou 2009, s. 1.

²⁰ Ks. esimerkiksi tapaus A. B. and C. v. Irlanti, jossa EIT katsoi, ettei Irlanti loukannut EIS:n 8. artiklaa rajoittamalla naisten oikeuksia aborttiin, koska tiedeyhteisöillä ei voitu katsoa olevan konsensusta siitä, milloin elämä alkaa, eikä näin ollen voitu sanoa, loukkaako abortti sopimuksen 2. artiklaa.

²¹ Dzehtsiarou 2009, s. 1.

²² Rautiainen, 2011, s. 1157.

²³ A. B. and C. v. Irlanti, kohta 235.

symys kosketti sellaisia kansalaisten moraalisia arvoja (”profound moral values”), joita kansallisen tuomioistuimen oli ylikansallista toimijaa helpompi arvioida.²⁴

Ratkaisu kuvaa hyvin myös sitä, miten harkintamarginaalioppi ja konsensustulkintadoktriini toimivat ratkaisevassa osassa EIT:n ja jäsenvaltioiden välisissä suhteissa. Harkintamarginaalioppi antaa EIT:lle mahdollisuuden ns. pehmentää ratkaisujaan ja olla ajamatta läpi sellaisia ratkaisuja, jotka jäsenvaltioiden olisi vaikea hyväksyä. Mentaliteetin taustalla lienee pelko jäsenvaltioiden mahdollisesta pakenemisesta EIS:stä, mikäli ratkaisut ovat liian kantaaottavia.

Jäsenvaltioiden jättäytyminen EIS:n ulkopuolelle ei palvelisi tarkoitusta suojata ihmisoikeuksia Euroopassa. Kun EIT odottaa, että jäsenvaltioissa on tiettyyn ongelmalliseen moraalikysymykseen muodostunut konsensus tai on nähtävissä, että konsensus on muodostumassa, EIT:n on turvallista tehdä oikeuksia sopimuksen sanamuodosta laajentava ratkaisu. Tällöin sillä on takanaan jäsenvaltioiden enemmistön tuki. Voitaneen kuitenkin olettaa, että esimerkiksi Cameronin uhoamisesta huolimatta on epätodennäköistä, että kukaan jäsenvaltioista jättäytyisi sopimuksen ulkopuolelle enää tässä vaiheessa.²⁵

Konsensustulkintadoktriinin merkitys EIT:n tulkintakäytännössä on jakanut keskustelua vahvasti. Konsensusargumentointi voidaan nähdä pelkkänä EIT:n yrityksenä kasvattaa tuomioidensa legitimitettä, vaikka myös konsensuksen legitiimiyttä päätöksenteon oikeuttajana on arvosteltu. EIS:n takaamien oikeuksien vahvistaminen EIT:n oikeuskäytännössä on helpompaa, jos voidaan sanoa jäsenvaltioiden olevan konsensuksen kautta tuomiossa osallisina. Toisaalta kuten huomataan esimerkiksi tapauksesta *A. B. and C. v. Irlanti*, EIT ei käytä konsensusta säännönmukaisesti ihmisoikeuksien edistämiseen vaikka jonkin oikeuden takana olisikin vahva konsensus jäsenvaltioissa.²⁶ Välillä konsensusargumentit tuntuvat myös leijailevan tapauksissa irtonaisina, ilman että ne kytkeytyisivät varsinaiseen lopputulokseen ollenkaan.

Legitimointinäkökulman lisäksi konsensusta voidaan pitää myös tosiasiallisena päätöksenteon ja punninnan välineenä, jolla pyritään aidosti kartoittamaan arvojen kehittymistä jäsenvaltioissa, eikä ainoastaan oikeuttamaan konsensuksella ratkaisuja,

²⁴ *A. B. and C. v. Irlanti*, kohta 185. ”Profound moral views”:stä tarkemmin myöhemmin

²⁵ Letsas 2004, s. 305.

²⁶ Ks. esimerkiksi Dzehtsiarou 2011, s 552.

jotka on tehty muilla perusteilla. Näkökulmat eivät välttämättä ole toisiaan poissulkevia.

Yksi hyvä esimerkki tulkintajatkumosta, jossa EIT muuttaa tulkintakäytäntöään tulkintajatkumon viimeisessä tapauksessa perustellen sen Euroopassa kehittyvällä konsensuksella, on tulkintajatkumo joka käsittelee seksuaalivähemmistöjen oikeutta adoptoida. Tulkintajatkumon ensimmäisessä tapauksessa *Frette v. Ranska* naimattoman seksuaalivähemmistöön kuuluvan henkilön adoptiomahdollisuuksia oli rajoitettu, huolimatta siitä, että naimattomat yleisesti saivat Ranskassa adoptoida. Tapauksessa EIT tarkasteli konsensusta ja totesi, ettei sitä voitu katsoa vallitsevan mistään lähteestä, mikä takasi jäsenvaltiolle laajan harkintamarginaalin.²⁷ EIT ei katsonut rajoituksen loukkaavan Euroopan ihmisoikeussopimusta.

Tulkintajatkumon viimeisessä tapauksessa *X ym v. Itävalta*, oli kyse naimattoman seksuaalivähemmistöön kuuluvan pariskunnan adoptio-oikeuden rajoittamisesta. Tapauksessa EIT antoi tulkintajatkumoon nähden uudenlaisen merkityksen tiedeyhteisöjen puuttuvalle konsensukselle ja totesi, ettei yksityisten oikeutta voida rajoittaa ilman kattavia tutkimustuloksia.²⁸ EIT totesi tapauksessa, että Itävallan rajoitukset rikkoivat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8. artiklaa tulkittuna yhdessä 14.artiklan kanssa.

1.2 Tutkimuskysymyksestä ja rajauksista

Tämän tutkimuksen tarkoituksena on selvittää, mitä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntö kertoo jäsenvaltioiden ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen välisistä valtasuhteista ja siitä, miten Euroopan ihmisoikeustuomioistuin hahmottaa asemansa Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkitsijana. Tarkastelu on tarkoitus suorittaa erityisesti keskittymällä tulkintakäytännön analysoimisessa harkintamarginaaliopin ja konsensustulkintadoktriinin käyttöön, sillä nämä tulkintadoktriinit mahdollistavat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja jäsenvaltion päätäntävallan välisen tasapainottelut. Kyseisten tulkintadoktriinien kehityksen kautta on tar-

²⁷ *Frette v. Ranska*, kohta 41.

²⁸ *X ym. v. Itävalta*, kohta 142.

koitus arvioida, mitä niiden kehitys kertoo siitä, millaisen roolin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ottaa suhteessa jäsenvaltioihin ja ihmisoikeuksiin ja millä tavoin tämä rooli on tulkintadoktriinien mukana muuttunut.

Harkintamarginaaliopin ja konsensustulkintadoktriinin kehitystä tarkastellaan suhteessa muihin tulkintakäytäntöihin ja julistusten merkitykseen tulkintakäytännön muovaajana. Erityisesti Brightonin julistus on olennainen tarkastelunkohde harkintamarginaaliopin suhteen, sillä se siirsi harkintamarginaaliopin 15. lisäpöytäkirjasta Euroopan ihmisoikeussopimuksen johdantokappaleeseen. Tämän ennakoitiin merkitsevän harkintamarginaalin laajuuden systemaattista kasvattamista ja päätäntävällän siirtämistä enenevissä määrin jäsenvaltioille.²⁹ Oikeuskäytännön tutkimisessa keskiytään erityisesti siihen, millaisen merkityksen EIT antaa harkintamarginaaliopille ja konsensustulkintadoktriinille, paljonko jäsenvaltioille annetaan liikkumavaraa.

Olennaista on tarkastella myös miten EIT toimii konsensuksen löytyessä tai puuttuessa ja ovatko toimet johdonmukaisia. Tätä on tarkoitus tutkia vertailemalla toisiinsa tapauksia, jossa EIT toteaa konsensuksen joko olevan selkeä tai sen puuttuvan täysin. Yhtenä vertailuryhmänä on tarkoitus käyttää myös tapauksia, joissa EIT ei käytä konsensusargumentteja harkintamarginaalin laajuuden määrittämiseen. Kahtena keskeisenä vertailtavana tulkintajatkumona tässä tutkimuksessa käytetään tapauksesta *Fretté v. Ranska* alkavaa seksuaalivähemmistöjen adoptio-oikeuksia koskevaa tulkintajatkumoa, sekä uskonnollisia tunnusmerkkejä käsittelevää tulkintajatkumoa. Tulkintajatkumoiden vertailu on hyödyllistä erityisesti siksi, että molemmissa tulkintajatkumoissa EIT argumentoi paljon konsensuksella. Aiheet liikkuvat jatkumoiden tapauksissa vahvasti kansallisen moraalin ympärillä, joten EIT on ylikansallisenä tulkitsijana molemmissa samanlaisessa asemassa suhteessa jäsenvaltioon. Tutkimuksessa käsiteltävien tapausten määrä on rajallinen, jotta kaikkia tapauksia voi käsitellä riittävän syvällä analyysin tasolla. Tulkintajatkumoiden lisäksi perspektiiviä oikeuskäytäntöön haetaan joistain EIT:n klassikotapauksista, erityisesti sellaisista joissa ratkaistava kysymys liikkuu pitkälti samojen teemojen piirissä kuin tulkintajatkumoissa, jotta tapaukset olisivat keskenään verrannollisia.

²⁹ Ks. Spielmann 2014, Vastuun siirtämisestä EIT:ltä jäsenvaltioiden tuomioistuimille.

Tässä tutkimuksessa ei ole tarkoitus tarkastella EIT:tä ylimpänä muutoksenhakuasteen kansallisten tuomioistuinten tekemille päätöksille, vaan eräänlaisena eurooppalaisen standardin luoja ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkitsijana ja soveltajana. Olennaisena kysymyksenä teemaan liittyy se, kenen oikeudeksi katsotaan ihmisoikeuksien vähimmäissuojan tason määrittäminen. Kuuluuko tämä valta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimelle vai jäsenvaltioille.

Tulkintadoktriineja, ja erityisesti harkintamarginaalioppia ja konsensusargumentointia, tutkimalla voidaan analysoida tehokkaasti sitä, miten EIT asemoi itsensä suhteessa jäsenvaltioihin ja millaisen roolin se haluaa ottaa ihmisoikeustoimijana. Mielienkiintoista on myös tutkia, onko Brightonin julistus vaikuttanut tähän roolinottoon. Kuten edellä todettiin, harkintamarginaalioppi ja konsensus antavat EIT:lle mahdollisuuden antaa jäsenvaltioille myönnytyksiä laajan liikkumavaran avulla. Toisaalta konsensuksessa on myös potentiaalia toimia ihmisoikeuksia edistävänä voimana. Erityisesti vetoamalla eurooppalaiseen trendiin ja muuttuvaan asenneilmastoon EIT voisi tehdä myös kannanottoja, joilla ihmisoikeuksien suojan vähimmäistasoa hilattaisiin myös ylöspäin. Erityisesti tähän liittyy kuitenkin jäljempänä käsiteltävä riski siitä, että EIT menettää legitimitettiään jäsenvaltioiden silmissä, mikäli se tekee liian isoja harppauksia ja kannanottoja ihmisoikeuksien vähimmäistason puolesta.

EIT:n tulkintadoktriineista tutkitaan erityisesti harkintamarginaalioppia ja konsensusargumentointia siksi, että ne toimivat tulkintadoktriineista ainutlaatuisella tavalla EIT:n ja jäsenvaltioiden välisen valtajaan määritteenä. Molemmat doktriinit vaikuttavat suoraan siihen, paljonko EIT antaa jäsenvaltioille liikkumavaraa. Tämän vuoksi selvitetessä EIT:n ja jäsenvaltioiden välistä valtajakoa on olennaisinta tarkastella niitä. Joiltain osin voi kuitenkin olla tarpeen perehtyä myös muihin tulkintadoktriineihin, erityisesti ”living instrument” –doktriiniin ja dynaamisevolutiiviseen tulkintaan, jotta konsensusargumentit ja harkintamarginaalioppi saadaan tulkinnalliseen viitekehykseen.

Kattavan otoksen saamiseksi EIT:n tulkintakäytännöstä tarkastellaan useisiin eri artikloihin liittyviä tapauksia. Pääasiassa tapaukset kuitenkin koskevat artikloita 6-12, sillä näihin artikloihin liittyvissä EIT:n ratkaisuisa argumentoidaan tyypillisesti joko harkintamarginaalilla tai konsensuksella. Tämä johtunee ainakin osin siitä,

että artiklat liittyvät sellaisiin vahvasti moraalisiin kysymyksiin, joista päättämisen jäsenvaltiot ovat tyypillisesti halunneet pidättää itsellään, ja joissa EIT on monesti taannut kysymyksen moraalisuuden vuoksi valtiolle laajan harkintamarginaalin.³⁰ Artikloita 2 ja 3. tapauksissa ei juurikaan käsitellä, sillä oikeudet ovat ehdottomia, eikä niissä ole liikkumavaraa jota voitaisiin mitata harkintamarginaalilla.

Tarkoituksena on käyttää tutkimuksessa aineistona pääasiassa EIT:n suuren jaoston ratkaisuja, tai muuten tapauksia, joiden rooli on EIT:n tulkintakäytännössä muodostunut merkittäväksi. Mahdollisuuksien mukaan tarkoituksena on käyttää mahdollisimman paljon tulkintajatkumia, joissa EIT:n käytännön kehityksen näkee nimenomaan suhteessa tarkalleen samaan aiheeseen, sen lisäksi että kyseessä on sama artikla. Lisäksi tutkittavia tapauksia on ajalta ennen ja jälkeen Brightonin julistuksen, jotta tulkintadoktriinien kehitys tulee selkeästi ilmi.³¹

Tutkimuskysymyksen valinta on perusteltu, sillä Brightonin julistuksen vaikutukset näkyvät EIT:n tulkintakäytännössä parhaillaan, ja sen merkitys tulkintadoktriineille ja EIT:n asemalle voi olla merkittävä. Kysymyksestä relevantin tekee myös Euroopassa myllertävä poliittinen tilanne, sillä oikeus ei vaikuta tyhjiössä vaan kulkee tiiviisti yhteisvaikutuksessa politiikan kanssa ja esimerkiksi mahdollisen Brexitin vaikutusta Euroopan tasapainolle ja sitä kautta myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimelle ei voida kiistää. Se millaiseksi tulkintalinja kehittyy jatkossa vaikuttaa sekä ihmisoikeuksien kehittymiseen, että yhtenäistymiseen eri EN:n jäsenmaissa ja EIT:n ja jäsenvaltioiden välisiin suhteisiin. Brexit toteutuessaan tai siinäkin tapauksessa että se jäisi toteutumatta, vaikuttaa ja on jo vaikuttanut pakosti myös muuhun kuin EU-dynamiikkaan Euroopassa.

Mahdollisessa jatkotutkimuksessa tulkintalinjan kehittymistä ei olisi tarpeen rajata yhtä kapeaan oikeustapausmäärään. Tulkintakäytäntöä voisi tarkastella laajemmalla otannalla myös artiklojen suhteen. Samasta aiheesta ei ole aiemmin tehty laajaa tutkimusta, vaikka harkintamarginaalioppia ja konsensustulkintadoktriinia muiden tulkintadoktriinien ohessa sinänsä onkin tutkittu sekä kansainvälisellä tasolla, että suo-

³⁰ Ks. esimerkiksi A. B. and C. v. Irlanti.

³¹ Ks. esimerkiksi The Guardian 2013.

malaisessa oikeuskirjallisuudessa. EIT:n tulkintadoktriineja on tutkinut esimerkiksi George Letsas teoksessaan ”A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights.”³² Suomalaista tutkimusta rajoituslausekkeiden kautta edustaa esimerkiksi Jukka Viljanen väitöskirjallaan: ”The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights”.³³

1.3 Tutkimuksen metodit ja aineisto

Tutkimus on valtiosääntöoikeudellinen. Tutkimuksen päämetodi on oikeusdogmatiikka. Tarkoituksena on tulkita Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä sen suhteen, minkälaisen roolin EIT pyrkii ottamaan suhteessa jäsenvaltioihin ja ihmisoikeuksiin ja miten tämä ilmenee harkintamarginaaliopin ja konsensustulkintadoktriinin käytössä. Samalla systematisoidaan EIT:n oikeuskäytäntöä johdonmukaiseksi malliksi.

Tutkimusaineistona on mukana sekä suomalaisia, että kansainvälisiä perusteoksia EIT:n tulkintadoktriineihin liittyen. Aiheen vuoksi painotus on kuitenkin suurilta osin kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa ja artikkeleissa. Olennaisessa osassa ovat myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen, joita on tarkoitus käyttää mahdollisimman paljon ja todennäköisesti lähes pääasiallisena tutkimusmateriaalina kattavan otoksen saamiseksi.

1.4 Tutkimuksen alustava rakenne

Tutkimus jakautuu viiteen päälukuun. Ensimmäisessä käsittelyluvussa esitellään tutkimuksen peruskäsitteet ja teoreettinen viitekehys. Luvussa on tarkoitus tarkastella Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnan taustaa ja kehittymistä, ensimmäisenä Wienin sopimuksen näkökulmasta, toisena EIT:lle annettujen julistusten kautta, kolmantena on tarkoitus tarkastella, mitkä valtiot ovat noudattamatta Euroopan ih-

³² Letsas 2007.

³³ Viljanen 2003.

misoikeussopimusta ja millaisista syistä, neljäntenä pohditaan EU:n oikeuden ja EIS:n välistä suhdetta ja viimeisenä on yhteenveto.

Kolmannessa luvussa käsitellään harkintamarginaalioppia ja konsensusargumentointia tulkintadoktriineina sekä teorian, että oikeuskäytännön kautta. Neljäs luku käsittelee EIT:n ja jäsenvaltioiden välistä toimivaltajakoa oikeuskäytännön ja tulkintaargumenttien kautta. Tässä luvussa nostetaan myös esille harkintamarginaalioppia ja konsensusta, sillä hypoteesi on, että ne kertovat jotain siitä, miten EIT asemoi itsensä suhteessa jäsenvaltioon.

Viidennessä luvussa esitellään johtopäätökset ja pohditaan miten tulkintakäytäntö on muuttunut ja mitä se kertoo EIT:n ja jäsenvaltioiden valtasuhteista.

2 Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnan historia

2.1 Wienin sopimus Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa

Euroopan neuvosto (EN) perustettiin Lontoossa vuonna 1949. Sen taustalla oli Haagissa vuonna 1948 järjestetty Eurooppa-kongressi, jonka jälkeen myös eräitä Euroopan hallituksia alkoi kiinnostaa ajatus eurooppalaisesta yhdistymisestä. Euroopan neuvoston päätehtäväksi on muodostunut ihmisoikeuksien suojaaminen, jonka vuoksi jäsenyyshedellytyksenä on Euroopan ihmisoikeussopimuksen hyväksyminen.³⁴ Euroopan neuvoston perussäännössä (21/1989) 1. artiklassa Euroopan neuvoston päämääräksi määritellään:

”... luoda läheisempi yhteys sen jäsenvaltioiden välille sellaisten ihanteiden ja periaatteiden turvaamiseksi ja toteuttamiseksi, jotka ovat niiden yhteistä perintöä, sekä niiden taloudellisen ja yhteiskunnallisen kehityksen edistämiseksi.”

Artiklassa huomioidaan myös, että kyseiseen päämäärään pyritään mm. puolustamalla ihmisoikeuksia ja perusvapauksia ja edistämällä niiden toteutumista.³⁵

Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS) on lähinnä ”vapausoikeuksia” koskeva ihmisoikeussopimus, joka avattiin allekirjoitettavaksi Roomassa vuonna 1950.³⁶ Sopimus on jaettu kolmeen osaan, joista ensimmäiseen sisältyvät artikkelit 2-18, joissa määritellään ensimmäisessä artiklassa taatut oikeudet:

1 artikla

Velvollisuus kunnioittaa ihmisoikeuksia

Korkeat sopimuspuolet takaavat jokaiselle lainkäyttövaltaansa kuuluvalla tämän yleissopimuksen I osassa määritellyt oikeudet ja vapaudet.³⁷

Toinen osio sisältää sääntelyn sopimuksen valvontaan liittyen ja kolmas osio sisältää säännöksiä sopimuksesta irtautumisesta sekä muista varaumista.³⁸ Ensimmäisen artiklan mukaan sopimuksessa taattavat oikeudet on varmistettava kaikille jäsenvaltion lainkäyttövallan alassa oleville ihmisille, myös niille jotka eivät ole valtion kansalai-

³⁴ Pellonpää ym. 2012, s. 1-2.

³⁵ Euroopan neuvoston perussääntö 21/1989

³⁶ Pellonpää ym. 2012, s.3, 12.

³⁷ Euroopan ihmisoikeussopimus 63/1999.

³⁸ Pellonpää ym. 2012: s. 12.

sia, jollei toisin määrätä.³⁹ Sopimus aiheuttaa siis velvollisuuksia jäsenvaltioille, ei kansalaisille: vain valtioiden tekemistä sopimusloukkauksista voidaan valittaa ihmisoikeustuomioistuimeen.⁴⁰

Alun perin ihmisoikeussopimuksen noudattamista valvomaan perustettiin kaksi toimielintä: Euroopan ihmisoikeustoimikunta ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin. Vuonna 1998 valvontajärjestelmä uudistettiin, ja kahden toimielimen malli korvattiin yhdellä kokopäiväisellä tuomioistuimella. Tuomioistuimessa on jokaisesta jäsenvaltiosta yksi tuomari, jotka Euroopan neuvoston parlamentaarinen yleiskokous valitsee jokaisen jäsenvaltion valmistelemalta kolmen ehdokkaan listalta.⁴¹

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) punnitsee sen ratkaistavaksi tulevia tapauksia tulkitsemalla Euroopan ihmisoikeussopimusta useilla eri tulkintadoktriineilla. Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräykset ovat yleisluontoisia, ja tulkinnan lähtökohtana on aina sopimuksen sanamuoto. Sopimusta tulkittaessa on myös aina huomioitava sopimuksen tarkoitus ja päämäärä, eli epäselvissä tilanteissa on tapaus ratkaistava ihmisoikeusmyönteisesti, mieluummin kuin valtion kannalta edullisesti.⁴²

Valittu tulkintadoktriini heijastelee voimakkaasti sitä roolia, jonka tuomioistuin itselleen kussakin tapauksessa haluaa ottaa.⁴³ Käytettävä tulkintaperiaate ja tapa jolla sitä käytetään voivat vaikuttaa olennaisesti vaikeiden tapausten ratkaisuihin. Tulkintaperiaatteita ovat mm. autonomisen tulkinnan periaate, joka tarkoittaa, että sopimuksen käsitteillä on itsenäinen merkityksensä, joka ei välttämättä yhtene kansallisten käsitysten kanssa.⁴⁴

Tuomioistuin seuraa yleensä omaa edeltävää oikeuskäytäntöään, mutta toisinaan muutoksia tulkintajatkumoissa tehdään. Tähän liittyy evolutiivisdynaaminen tulkintatapa, joka tarkoittaa, että aiemmasta tulkintakäytännöstä voidaan joustaa, jottei tuomioistuimen oma oikeuskäytäntö muodostuisi ihmisoikeuksien kehityksen hidasteeksi. Tähän liittyy olennaisesti myös nk. elävä asiakirja -doktriini (living instrument), jonka mukaan ihmisoikeussopimusta on tulkittava tämän päivän olosuhteiden valossa.⁴⁵ Eu-

³⁹ Pellonpää ym. 2012. s. 15.

⁴⁰ Pellonpää ym. 2012, s. 25.

⁴¹ Ojanen 2015, s. 80.

⁴² Pellonpää ym. 2012, s. 209.

⁴³ Letsas 2010, s. 511.

⁴⁴ Letsas 2004, s. 282.

⁴⁵ Pellonpää ym. 2012, s. 213.

roopan ihmisoikeustuomioistuin otti elävä asiakirja –doktriinin käyttöön ensimmäisen kerran tapauksessa Tyrer. Tapauksessa EIT totesi, että standardit joiden mukaan sopimuksen noudattamista arvioidaan, ovat ne, jotka Euroopassa vallitsevat sopimuksen tulkintahetkellä, eivätkä ne, jotka ovat olleet valloillaan sopimuksen solmintahetkellä.⁴⁶

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin käyttää tulkinnassaan myös oikeusvertailua kartoittaakseen jäsenvaltioidensa oikeudellista tilaa, sekä harkintamarginaalioppia, jolla pyritään määrittämään jäsenvaltion oikeutta joustaa sopimusvelvoitteistaan vaihtelevissa määrin. Harkintamarginaaliopin laajuuden määrittämiseen voidaan käyttää esimerkiksi konsensusargumentteja. Konsensus on tulkintaperiaate, jolla pyritään mittaamaan asenneilmastoa Euroopan neuvoston jäsenvaltioista, toisinaan myös laajemmalta alueelta. Myös tuomioistuimen vakiintunutta tulkintatapaa voidaan evolutiivis-dynaamisesti muuttaa, mikäli katsotaan, että jäsenvaltioissa vallitsee asiasta konsensus tai ainakin enemmistön omaksuma tietty lähestymistapa tai jäsenvaltioissa kehittyvä trendi.⁴⁷

Euroopan ihmisoikeussopimus on lähtökohtaisesti kansainvälinen yleissopimus, joten sitä tulkittaessa on huomioitava kansainvälisoikeudellisia sopimuksia yleisesti säätelevät normit ja periaatteet.⁴⁸ Kansainvälisten sopimusten tulkintaa koskevista periaatteista säädetään Wienin yleissopimuksessa ja EIT onkin katsonut mm. tapauksessa Golder v. Iso-Britannia (21.2.1975) , että Wienin yleissopimuksen valtiosopimusten tulkintaa koskevat artikkelit 31-33 vaikuttavat EIS:n tulkintaan.⁴⁹

”Treaty shall be interpreted in good faith in accordance with ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

Artikla 31 merkitsee yleisesti ottaen sitä, että valtiosopimuksia täytyy tulkita sopimuksen tarkoitus huomioon ottaen ja suhteessa niiden motiiveihin ja tarkoitukseen.⁵⁰ Suo-

⁴⁶ Ks. esimerkiksi Tyrer v. Iso-Britannia.

⁴⁷ Hirvelä 2013, s. 27.

⁴⁸ Letsas 2010, s. 512.

⁴⁹ Golder v. Iso-Britannia, kohta 36.

⁵⁰ Letsas 2010, s. 514.

raan tästä vaatimuksesta seurausta on myös aikaisemmin mainittu evolutiivinen tulkinta.⁵¹

Tapauksessa *Golder v. Iso-Britannia* oli kysymys vangista, jolta evättiin oikeus konsultoida asianajajaa tarkoituksena nostaa kanne erästä vankilan vartijaa vastaan. Näin vangilta vietiin epäsuorasti mahdollisuus oikeudenkäyntiin asiassaan. Iso-Britannia argumentoi, ettei EIS sisällä artiklaa, joka edellyttäisi että jokaiselle on taattava pääsy oikeudenkäyntiin. Kuudennessa artiklassa taataan jokaisen oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, mutta ei jokaiselle oikeutta saada asiaansa käsiteltäväksi oikeudessa.⁵²

Ratkaisussaan EIT viittasi Wienin sopimuksen artikloihin 31-33 ja totesi, että sopimusta on tulkittava yhteneväisesti ja että vaikka sopimuksen sanamuodosta ei selkeästi ilmenisikään oikeus oikeudenkäyntiin, oli se johdettavissa sopimuksesta. Enemmistö tuomareista ei nähnyt ratkaisua niin, että artiklaan olisi lisätty oikeus päästä oikeudenkäyntiin ja kasvatettu jäsenvaltioiden velvoitteita. Tuomarit korostivat, että oikeus saada asiaansa käsitellyksi on luettavissa EIS:n 6. artiklasta.⁵³

Osa tuomareista jätti kuitenkin eriävän mielipiteen enemmistön ratkaisuun. Sir Gerald Fitzmaurice argumentoi, ettei ole hyväksyttävää nostaa tekstistä sellaisia oikeuksia, joita sopimuksessa ei selkeästi edes nimetä, vaan jotka jäävät ainoastaan vihjauksen tasolle. Fitzmaurice totesi, että mikäli sopimuksen kirjoittajat eivät selkeästi määritelleet oikeutta saada asiaansa käsitellyksi oikeudessa, eivät sopimusosapuolet voi olla velvoitettuja sellaisen oikeuden toteuttamiseen.⁵⁴ Fitzmauricen argumentti, joka korostaa jäsenvaltion suvereeniuden merkitys on kuitenkin käytännössä joutunut antamaan tilaa lähestymistavalle, joka keskittyy enemmän Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen lakia luovaan rooliin ja asemaan Euroopan ihmisoikeustakuuna, jonka kuuluu kehittyä ajan myötä.⁵⁵

Fitzmaurice argumentoi myös, että kansainvälisessä oikeudessa varmuus ja oikeuden ennustettavuus ovat tärkeitä arvoja. Valtioiden täytyy voida olla tietoisia siitä, millaisiin velvoitteisiin ne sitoutuvat allekirjoittaessaan sopimuksen. Oikeuksien kehittäminen

⁵¹ Law of the european convention on human rights, s 7.

⁵² Harris 2004, s. 5.

⁵³ *Golder v. Iso-Britannia*, kohta 56.

⁵⁴ *Golder v. Iso-Britannia*, "Separate opinions".

⁵⁵ Harris 2004, s. 5.

oikeuskäytännön kautta voi olla hyväksyttävää kansallisessa oikeudessa, mutta se ei ole sitä kansainvälisessä oikeudessa, joka perustuu valtioidenväliseen yhteisymmärrykseen.⁵⁶ Kansainvälinen tuomioistuin olisi oikeutettu muokkaamaan sopimuksen sisältöä ainoastaan, mikäli valtio-osapuolet selkeästi olisivat tarkoittaneet myöntää sille tällaisen toimivallan. EIT:n suhteen näin ei kuitenkaan voi katsoa olevan.

Fitzmauricen näkökulma on kuitenkin jäänyt jossain määrin epäsuosioon. Golder -tapauksen jälkeen EIT on ottanut käyttöön elävän asiakirjan –doktriinin. Doktriinin mukaan sopimus on elävä asiakirja, jota on tulkittava nykypäivän olosuhteiden valoissa mieluummin kuin suhteessa siihen, mitä sopimuksen kirjoittajat ajattelivat 1950-luvulla.⁵⁷

Golder –tapauksen argumentoinnista huolimatta Wienin sopimuksen tosiasiallinen vaikutus EIS:n tulkintaan on kuitenkin kiistanalainen. Esimerkiksi George Letsas, 2010, korostaa, että EIT antaa hyvin vähän painoarvoa Wienin sopimuksen tulkintaperiaatteille ja on sen sijaan luonut omat tulkintadoktriininsa.⁵⁸ Wienin sopimuksen tulkintaperiaatteiden käytön Golder –tapauksessa voidaan katsoa toimineen tien auringajana autonomisten konseptien ja dynaamisevolutiivisen tulkintadoktriinin kehittymiselle.

2.2. Julistukset Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön muovaajana

Rautaesiripun murtuessa Euroopassa 1990-luvulla useat eurooppalaiset valtiot liittyivät Euroopan neuvostoon. Vuosien 1992 - 1998 välillä kuusitoista entistä itäblokin maata ratifioi Euroopan ihmisoikeussopimuksen. Samalla vuonna 1998 luotiin 11. lisäpöytäkirja, joka takasi jokaisen jäsenvaltion jokaiselle kansalaiselle oikeuden yksilövalitukseen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. Tapahtumat johtivat EIT:n tapaustaakan huomattavaan kasvuun ja ruuhkautumiseen. Esimerkiksi vuonna 2010 EIT pystyi käsittelemään 38 575 valitusta 139 650 valituksesta. EIT:n entinen presidentti Jean-Paul Costa huomioi, että 57% tapauksista tulee vain neljästä valtiosta, ja 80% tapauksista koskee vain 12 valtiota 47 jäsenvaltiosta. 55,7% kaikista hakemuksista tulee entisistä itäblokin maista. Tapausten suuren lukumäärän on katsottu olevan yksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen suurimmista ongelmista, joka on potentiaalinen uhka koko

⁵⁶ Letsas 2010, s. 518.

⁵⁷ Letsas 2010, s. 519.

⁵⁸ Letsas 2010, s. 514.

EIT:n oikeuksien turvaamistehtävän toteutumisen kannalta. Yhtenä syynä EIT:n tehokkuuteen suhteessa muihin ylikansallisiin toimielimiin, on pidetty sitä, että tuomioistuimien on perinteisesti reagoinut nopeasti. Ruuhkautuminen vaarantaa tämän tehokkuuden.⁵⁹

Presidentti Costa kutsui vuonna 2009 sopimusvaltiot koolle Interlakenin konferenssiin ratkaisemaan tuomioistuimen ruuhkautumiseen liittyviä ongelmia. Konferenssin lopputuloksena oli Interlakenin julistus. Julistuksessa nostetaan esille mm. EIT:n tehokkuuden vähentyminen eurooppalaisessa valvonnassa tuomioistuimen ruuhkautumisen vuoksi, sekä käsiteltäväksi tulevien tapausten määrän jatkuva kasvu.⁶⁰ Liittyen jäsenvaltioiden ja EIT:n keskinäiseen tehtävienjakoon, julistuksessa todetaan:

”The conference, acknowledging the responsibility shared between the States Parties and the Court, invites the Court to avoid reconsidering questions of factor or national law that have been considered by national authorities, in line with case-law according to which it is not a four instance court...”⁶¹

Konferenssi siis linjasi, että EIT:n pitäisi välttää arvioimasta uudelleen sellaisia kansallisen lain kysymyksiä, jotka kansalliset viranomaiset ovat jo ratkaisseet oikeuskäytännön mukaan. Näkökulmalla pyrittiin korostamaan sitä, ettei EIT ole neljännen asteen muutoksenhakutuomioistuimien. Julistuksessa todettiin yleisesti, että tuomioistuimen toimintaa tulee tehostaa ruuhkan purkamiseksi ja että keinoja selvästi pitämättömien hakemusten karsimiseksi on saatava lisää.⁶²

Vuonna 2010 järjestettiin EIT:n tulevaisuutta koskien toinen konferenssi, jonka tarkoituksena oli varmistaa EIS:n valvomisen tehokkuus sekä lyhyellä, että pitkällä tähtäimellä. Konferenssin tuloksena oli Izmirin julistus. Julistuksessa korostetaan jälleen, ettei EIT:tä ole suotavaa pitää neljännen asteen muutoksenhakutuomioistuimena. Tuomioistuimen olisi myös pitäydyttävä tutkimasta uudelleen kansallisten tuomioistuimien tulokintoja tapausten faktoista ja kansallisen oikeudenmukaisuudesta. Näillä keinoilla pyrittiin jälleen hillitsemään EIT:n ruuhkautumista ja purkamaan tuomioistuimen käsittelyjonoja.⁶³ Kautta EIT:n historian yksi suurimmista haasteista on näin ollen ollut tapaus-

⁵⁹ Hillebrecht 2012, s. 3.

⁶⁰ Interlaken declaration 2010, kohta PP8.

⁶¹ Interlaken declaration 2010.

⁶² Interlaken declaration 2010, Conference kohta 6.

⁶³ Izmir declaration 2011.

ten määrän massiivinen kasvu.⁶⁴ Riskinä tapausten määrän kasvaessa on mm. se, ettei EIT pysty valvomaan sopimuksen noudattamista ja sopimusloukkaukset eivät välttämättä päädy käsiteltäväksi tuomioistuimeen. Kansalaisten tietoisuus tuomioistuimen ruuhkaantumisesta saattaa myös johtaa siihen, ettei valituksia EIT:lle jätetä.⁶⁵

Kolmas konferenssi järjestettiin Brightonissa vuonna 2012 ja sen tuloksena oli Brightonin julistus. Julistuksessa todetaan, että kansalliset auktoriteetit ovat paremmassa asemassa arvioimaan paikallisia tarpeita ja olosuhteita, kuin kansainvälinen tuomioistuin:

”The convention system is subsidiary to the safeguarding of the human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions”.⁶⁶

Kyseisen lainauksen taustalla on sama logiikka, kuin useissa EIT:n ratkaisuissa perusteluna harkintamarginaaliopin käyttämiselle jäsenvaltion laajemman harkintamarginaaliopin myöntämiseen. Esimerkiksi tapauksessa A. B. and C v. Irlanti (16.12.2010), jossa EIT toteaa, että kansallinen tuomioistuin osaa arvioida kansan moraalisia tunteja paremmin kuin ylikansallinen tuomioistuin. Tapaus on ratkaistu kaksi vuotta ennen Brightonin julistusta, vuonna 2010. Voidaankin pohtia, onko harkintamarginaaliopin lisääntyminen tuomioistuimen tulkintakäytännössä niinkään sidonnainen juuri Brightonin julistukseen, sillä Brightonin konferenssi huomioi itse harkintamarginaaliopin ja subsidiariteettiperiaatteen kaltaisten doktriinien hyödyntämisen tuomioistuimen oikeuskäytännössä lisääntyneen.⁶⁷ Konferenssi julistuksessaan toki rohkaisee tuomioistuinta soveltamaan doktriineja jatkossakin ja erityisesti subsidiariteettiperiaatetta on korostettu myös aikaisemmissa julistuksissa.

”...for reasons of transparency and accessibility, a reference to the principle of subsidiarity and the doctrine of margin of appreciation as develops in the Court’s case law should be included in the Preamble to the convention.”

Julistuksessa todetaan myös, että subsidiariteettiperiaate ja harkintamarginaalioppi tulisi läpinäkyvyyden ja saatavuuden vuoksi sisällyttää Euroopan ihmisoikeussopimuksen

⁶⁴ Ks. esimerkiksi Bratza 2012.

⁶⁵ Christoffersen 2011, s. 181.

⁶⁶ Brighton declaration 2012, kohta B, 11.

⁶⁷ Brighton declaration 2012, kohta B 12a.

johdantoon, kun se aikaisemmin on esiintynyt vain EIT:n oikeuskäytännössä.⁶⁸ Linjaus on johdonmukainen, sillä oikeuden ennakoitavuuden vuoksi oikeuskäytännön harkintaperusteiden tulisi olla kaikkien saatavilla. Tätä ei myöskään välttämättä automaattisesti voida pitää kannanottona kyseisten tulkintadoktriinien käytön suoranaistalle lisäämiselle, vaan saman linjan säilyttämiselle. Oikeuskirjallisuudessa esimerkiksi Jon-Petter Rui (2013) pitää julistuksen kehotusta sisällyttää harkintamarginaalioppi EIS:n johdantoon vahvana kehotuksena jäsenvaltioilta tulkintakäytännön suunnanmuutokseen EIT:lle. Julistuksen taustalla olevat pohdinnat eivät ole julkisia. Toki julistuksen viesti on vahvasti harkintamarginaaliopin puolesta, mutta huomioitavaa on, että tuomioistuin on aiemminkin hyödyntänyt harkintamarginaalioppia ja konsensustulkintaa käytännössään. Lähes kaikissa moraalisiin kysymyksiin liittyvissä tapauksissa joita ei todeta aiheettomiksi heti käsittelyn alussa mainitaan konsensus ja jäsenvaltion harkintamarginaali edes jollain tasolla. Näin ollen sillä, onko maininta jatkossa Euroopan ihmisoikeussopimuksen johdannossa pelkän oikeuskäytännön lisäksi, ei välttämättä voida katsoa automaattisesti olevan tosiasiallista vaikutusta.

Harkintamarginaaliopin sisällyttäminen on herättänyt vastustusta EIT:n tuomareissa. Tuomioistuimen edeltävä presidentti Sir Nicholas Bratza ilmaisi puheessaan, ettei näe järkeä sille, miksi harkintamarginaalioppi ja subsidiariteettiperiaate nostetaan erityisempään asemaan kuin muut lukuisat tulkintadoktriinit, joita EIT käyttää. Samoin hänen mukaansa harkintamarginaaliopin puutteellisen määritelmän vuoksi sen nostaminen johdantoon on kyseenalaista.⁶⁹ Bratza huomioi myös että täyttääkseen tehtävänsä, EIT:n täytyy pysyä itsenäisenä ja sen täytyy myös näyttää itsenäisenä; näin ollen mikäli jäsenvaltiot voivat tai katsovat voivansa jotenkin sanella sitä, miten EIT:n oikeuskäytännön tulisi kehittyä, se on uhka tuomioistuimen itsenäisyydelle ja sen kompetenssille hoitaa tehtävänsä.⁷⁰ Bratza tosin toteaa myös, että tuomioistuin on myös yhteisymmärryksessä monista julistuksessa nostetuista asioista, kuten esimerkiksi jäsenvaltioiden osuudesta EIS:n toimeenpanemisessa.

Harkintamarginaaliopin aseman vahvistaminen voi purkaa EIT:n ruuhkaa jossain määrin lyhyellä ja keskipitkällä aikavälillä. Tällöin jäsenvaltiot määrittävät itse toimintamallinsa ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tehtäväksi jää ”eurooppalainen val-

⁶⁸ Brighton declaration 2012, kohta B 12b.

⁶⁹ Bratza 2012.

⁷⁰ Bratza 2012.

vonta”, johon se viittaa monesti ratkaisuisaan.⁷¹ Toisaalta taustalla on myös nimenomaan jäsenvaltioista tuleva paine muuttaa EIT:n tulkintatapaa. Ylikansallisenä toimijana Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen legitimitetti ei välttämättä ole turvattu, mikäli se tekee jatkuvasti ratkaisuja, joita jäsenvaltiot eivät voi hyväksyä ja teemana uusimmissa ratkaisuisa on ollut, että jäsenvaltiot ottavat voimakkaasti kantaa toisten jäsenvaltioiden puolesta.⁷² Ylikansallisen tuomioistuimen legitimitettiä tarkastellaan seuraavassa kappaleessa.

Ei voida siis yksiselitteisesti sanoa, onko harkintamarginaaliopin lisääntyvä käyttö tuomioistuimen oikeuskäytännössä syy vai seuraus jäsenvaltioiden painostukseen, eikä että käyttääkö EIT julistuksen seurauksena kyseistä doktriinia automaattisesti enemmän kuin muita. Harkintamarginaalioppi on kuitenkin tuomioistuimen oikeuskäytännössään luoma työkalu, jonka käyttö ei voi olla suhteessa pelkästään jäsenvaltioiden julistusten kautta luomaan paineeseen, eikä edes jäsenvaltioiden haluttomuuteen hyväksyä tiettyjä EIT:n tekemiä ratkaisuja. Vaikka harkintamarginaaliopin viemistä EIS:n johdantoon voidaan pitää sen nostamisena erityisasemaan ja vastauksena jäsenvaltioiden asettamaan paineeseen, voidaan myös katsoa että oikeusturvan ja ennakoitavuuden kannalta on hyvä, että vakituisesti käytettäviä tulkintadoktriineja nostetaan esiin edes jossain muodossa. Bratzen mukaan ongelmallista oli myös doktriinien määritelmien puutteellisuus, mutta johdantoon nostaminen voidaan nähdä myös askeleena kohti vakiintuneiden määrittelyiden luomista. Toisaalta julistuksen perusteella voitaneen pitää selkeänä viestinä jäsenvaltioilta, että harkintamarginaalin käyttöä oikeuskäytännössä toivotaan lisäävän.

2.3. Euroopan ihmisoikeussopimuksen legitimitetti ja noudattaminen

Euroopan ihmisoikeussopimusta pidetään yleisesti tehokkaimpana ihmisoikeuksia suojaavana instituutiona. Ylikansallisen tuomioistuimen ratkaisujen täytyy olla jäsenvaltion

⁷¹ Ks. esimerkiksi *Lautsi v. Italia*.

⁷² Ks. esimerkiksi uskonnollisia tunnusmerkkejä käsittelevät tapaukset *Lautsi v. Italia* ja *Leyla Sahin v. Turkki*.

näkökulmasta legitimejä, jotta niitä noudatetaan ja toimeenpannaan.⁷³ Sitä, miten tuomioistuimen legitimeetti rakentuu, voidaan tarkastella kolmesta eri näkökulmasta: menettelyllisestä, substanssin kautta tai lopputuloksen perusteella. Menettelylliseen näkökulmaan kuuluvat huomiot siitä, noudattaako tuomioistuin jatkuvuuden, oikeusvarmuuden ja koherenssin periaatteita.⁷⁴ Substanssiin kuuluu ratkaisujen tekeminen tietoisena kaikista olennaisista faktoista ja niiden objektiivinen tarkasteleminen. Lopputuloksen kautta pohdittuna ratkaisun täytyy olla sellainen, että se voidaan hyväksyä.⁷⁵ Euroopan ihmisoikeussopimuksen legitimeetti on tärkeää erityisesti siksi, että EIT tekee elävä asiakirja- ja evolutiivisen tulkintadoktriinin avulla myös sellaisia ratkaisuja, jotka tietyllä tapaa edistävät Euroopan ihmisoikeussopimuksessa taattuja oikeuksia, eivätkä välttämättä ole kiinteästi yhteydessä ns. lainsäätäjän tarkoitukseen.⁷⁶

Problemaattista on, että toisinaan jäsenvaltiot jättävät noudattamatta Euroopan ihmisoikeussopimusta, tällaisissa tilanteissa kohdistuu kansallisvaltioiden suhde ylikansalliseen tuomioistuimeen, sekä tuomioistuimen rajallinen mahdollisuus pakottaa jäsenvaltioita noudattamaan sopimuksia. EIS:n noudattamatta jättämistä voidaan jaotella muutamii alaryhmiin, ensinnäkin yksittäiset virheelliset sopimuksen tulkinnat yksittäisiltä toimielimiltä, joista seuraa yksittäisiä sopimuksenvastaisia päätöksiä ja toisaalta järjestelmällisiin päätöksiin olla noudattamatta sopimusta.⁷⁷

Euroopan ihmisoikeussopimuksen sopimusvaltiot ovat keskenään hyvin erilaisissa asemissa. Joissain tilanteissa sopimuksen noudattamatta jättämisessä voi olla kysymys siitä, ettei sopimusvaltiolla yksinkertaisesti ole resursseja toimia niin, että se noudattaisi kaikkia sopimusvelvoitteita.⁷⁸ Tämä johtuu siitä, että Euroopan neuvoston historian aikana siihen kuuluvien sopimusvaltioiden piiri on koko ajan laajentunut ja sitä mukaa neuvoston arvopohja on hajaantunut. Tämä voi olla ongelmallista, sillä nousee kysymyksiä onko osa maista mukana vain statusarvon vuoksi ja pystyvätkö kaikki uusimmistakin sopimusvaltioista tosiasiallisesti noudattamaan Euroopan ihmisoikeussopimusta.⁷⁹

⁷³ Dzehtsiarou 2011, s. 535.

⁷⁴ Dzehtsiarou 2011, s. 538.

⁷⁵ Dzehtsiarou 2011, s. 538.

⁷⁶ Helfer s. 134.

⁷⁷ Greer 2006, s. 224.

⁷⁸ Greer 2006, s. 226.

⁷⁹ Jordan 2003, s. 664.

Niin sanotut uudet Euroopan ihmisoikeussopimuksen sopijavaltiot voidaan jakaa vertailun vuoksi sopimuksen noudattamisen mukaan kolmeen eri ryhmään sen mukaan, kuinka hyvin ne noudattavat sopimusta: korkeaan, keskivertoon ja matalaan.⁸⁰ Korkean noudattamisen jäsenvaltiot ovat Latviaa lukuun ottamatta liittyneet neuvostoon uusista jäsenmaista ensimmäisten joukossa. Tähän ryhmään kuulumisen viite-ehtoina ovat seuraavat edellytykset: Ministerikomitea ei seuraa näitä valtioita velvoitteiden rikkomisen vuoksi, nämä valtiot noudattavat yleensä neuvoston suosituksia ja kolmanneksi nämä sopimusvaltiot näyttävät aktiivisesti edistävän demokratiaa.

Keskiverto noudattamisen ryhmään kuuluvat jäsenvaltiot ovat osoittaneet edistystä kohti velvoitteidensa täyttämistä, mutta eivät riittävästi ollakseen korkean noudattamisen ryhmää. Nämä valtiot myös noudattavat suurinta osaa neuvoston suosituksista ja kolmanneksi ne ovat yrittäneet päästä kohti demokraattista käytäntöä ja oikeusvaltiota. Sopimusvaltiot jotka kuuluvat matalan noudattamisen ryhmään olivat viimeisten joukossa liittymässä neuvostoon. Nämä valtiot kohtaavat ajoittaista poliittista epävakautta ja ovat näin haavoittuvampia kuin muut uudet jäsenvaltiot.⁸¹ Jokainen näistä valtioista on tarkkailun kohteena siksi, että ne ovat epäonnistuneet täyttämään olennaisetkin velvollisuudet, eivätkä ne noudata merkittäviäkään neuvoston suosituksia. Lisäksi näiden maiden virkamiehet eivät edistä demokratiaa tai oikeusvaltiota. Tutkimus osoitti, että Euroopan neuvostolla kansainvälisenä organisaationa on sisäisiä heikkouksia, jotka voivat estää sitä saavuttamasta tavoitteitaan ihmisoikeuksien levittämisessä uusiin sopimusvaltioihin.

Kaiken kaikkiaan Euroopan neuvoston keinot painostaa sopimusvaltioita noudattamaan sopimusta ovat paine, häpeä ja erottamisella uhkaaminen. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimelta puuttuu näin ollen valta pakottaa jäsenvaltiot muuttamaan kansallisia lainsäädäntöjään ja tapojaan. Euroopan neuvoston massiivinen laajentuminen on myös voinut heikentää sen moraalista auktoriteettia.⁸² Näin ollen, kuten aikaisemmin todettiin, EIT:n mahdollisuudet painostaa jäsenvaltioita toimimaan ovat erittäin rajalliset ja toimivat vain tiettyyn pisteeseen asti. Mikäli jäsenvaltiot kokevat, etteivät tuomiot vastaa niiden oikeuskäsitystä, ne voivat äärimmäisessä tilanteessa jättää noudattamatta tuomioita.

⁸⁰ Jordan 2003, s. 667.

⁸¹ Jordan 2003, s. 679.

⁸² Jordan 2003, s. 686.

Tuomioiden täytäntöönpanemista jäsenvaltioissa voidaan pitää voimakkaasti poliittisena prosessina, joka edellyttää toimia toimivaltaisilta kansallisilta toimielimiltä.⁸³ Kun EIT on antanut langettavan tuomion, sen täytäntöönpanon valvominen siirretään ministerikomitealle ja sopimusvaltio tyypillisesti kohtaa seuraavat toimenpiteet:

”(1) just satisfaction, which is comprised of pecuniary and nonpecuniary financial reparations and set by the Court; (2) individual measures, which can range from publishing the ECtHR’s rulings in a national newspaper to striking victims’ name from official records or reopening cases on the domestic level; and (3) general measures, which are designed to prevent the same type of abuse from happening again”

Ministerikomitea toimii läheisesti yhteistyössä sopimusvaltioiden kanssa suunnitellakseen ja toteuttaakseen EIT:n tuomioiden implementoimisen. Tämä yhteistyö perustuu harkintamarginaaliopin tapaan subsidiariteettiperiaatteeseen, jonka mukaan jäsenvaltiot pystyvät itse parhaiten hahmottamaan sopivat toimintatavat.⁸⁴

Voimakkain rangaistus sopimuksen noudattamatta jättämisestä on erottaminen Euroopan neuvostosta. Euroopan neuvosto on aiemmin uhannut erottaa esimerkiksi Ukrainan ja Venäjän. Uhkaus on sinänsä kuitenkin katteeton, ettei Euroopan neuvosto voi käytännössä erottaa Länsi-Eurooppalaisia jäsenvaltioita, jotka tosiasiallisesti toimivat sen rahoittajina.⁸⁵ Toisaalta Itä-Euroopan jäsenvaltioiden erottaminen ei ole kannattavaa, mikäli yksi niiden jäsenyyden ydintavoitteista on saada ne osaksi Eurooppalaista järjestelmää ja demokratiaa, ja pyrkiä kehittämään niiden ihmisoikeustilanteita. EIT:n mahdollisuudet vaikuttaa kansalliseen lainsäädäntöön ja kansallisten tuomioiden purkamiseen ovat siis hyvin rajoitetut. Tärkeimpiä yhteistyöelimiä EIT:lle voidaankin pitää kansallisia oikeudellisia instituutioita, jotka ottavat sovellettavakseen Euroopan neuvoston oikeutta.⁸⁶

Todennäköisesti osin tämän vuoksi sopijavaltioiden konferensseissa luomissa julistuksissa, joita tarkasteltiin aiemmin, on korostettu jäsenvaltioiden sitoutumista EIS:n noudattamiseen ja ihmisoikeuksien edistämiseen. Esimerkiksi Interlakenin julistuksessa korostettiin sopimuksen implementoimisen tärkeyttä ja myöhemmässä Izmirin julistuksessa painotettiin, että jäsenvaltioiden on tarjottava kansalaisilleen tehokkaita oikeus-suojakeinoja. Toinen syy lienee tokin se, että jäsenvaltiot haluavat julistusten perusteel-

⁸³ Hillebrecht 2012, s. 2.

⁸⁴ Hillebrecht 2012, s. 2.

⁸⁵ Hillebrecht 2012, s. 5.

⁸⁶ Hillebrecht 2012, s. 6.

la selkeästi korostaa omaa asemaansa suhteessa EIT:hen, kuten aikaisemmin todettiin harkintamarginaaliopin korostamista julistuksissa arvioitaessa.

EIT:n puutteellisen legitimitetin ja sen vuoksi, etteivät jäsenvaltiot tunnu olevan halukkaita ottamaan vastaan tuomioistuimen linjauksia ainakaan varauksetta, olisikin ehkä toimivinta sitouttaa jäsenvaltiot itse osin ns. hoitamaan tuomioistuimen tehtäviä. Jonas Christoffersen kirjoittaa artikkelissaan ”Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?”, että jäsenvaltioiden tulisi implementoida EIS kansallisiin oikeusjärjestyksiinsä ja noudattaa EIT:n oikeuskäytäntöä. Christoffersenin mukaan jäsenvaltioiden täytyy myös olosuhteista riippuen poiketa EIT:n oikeuskäytännöstä ja hakea itse tasapaino vastakkaisten voimien välillä, sekä tarjota oma vastauksensa ihmisoikeuskysymyksiin ja tarjota ratkaisuja, joilla on korkeampi legitimitetti kuin EIT:n ratkaisuilla.⁸⁷

EIT:n ratkaisujen legitimitettiä voidaan nimittäin pitää puutteellisena, tai ainakin oikeusturvan kannalta arveluttavana myös siksi, ettei sen omista ratkaisuista voi valittaa mihinkään instanssiin. Eräänlaisena tuomioistuimen oikeuskäytännön valvojana voidaan pitää toisaalta oikeustieteilijöitä ja toisaalta osaltaan jäsenvaltioiden kansalliset tuomioistuimet toimivat vuorovaikutuksessa EIT:n kanssa ja oikeusvertailevien- sekä konsensusargumenttien kautta myös jäsenvaltioiden oikeuskäytäntö vaikuttaa EIT:n tulkintaan.⁸⁸ Mikäli ajatellaan näin, voidaan myös katsoa, että jäsenvaltioiden EIT:hen ja sen tuomioihin kohdistama kritiikki on samalla myös eräänlaista valvontaa, jota jäsenvaltiot kohdistavat ylikansalliseen tuomioistuimeen. Ongelmallista kuitenkin on, etteivät jäsenvaltiot ole välttämättä objektiivisessa asemassa kohdistamaan valvontaa EIT:n kaltaiseen toimijaan. Toisaalta esimerkiksi Pellonpää korostaa, että EIT:n ratkaisut syntyvät toisinaan eräänlaisessa vuorovaikutuksessa kansallisten tuomioistuinten kanssa.

Tietyt jäsenvaltiot, kuten esimerkiksi Iso-Britannia, ovat varanneet oikeuden olla noudattamatta EIT:n tuomioita, mikäli ne eivät kunnioita tarpeeksi kansallisen oikeuden erityispiirteitä subsidiariteettiperiaatteen kautta.⁸⁹ Joissain tapauksissa kansallinen tuomioistuin voi siis käydä EIT:n kanssa useammassakin vaiheessa keskustelua tapauksen ratkaisemisesta. Tällainen keskusteluyhteys kansallisen tuomioistuimen ja EIT:n välillä

⁸⁷ Christoffersen 2011, s 181.

⁸⁸ Pellonpää 2012 (In Heinonen ja Lavapuro), s. 69-70.

⁸⁹ Pellonpää 2012 (In heinonen ja Lavapuro) s.72, 89.

voi lisätä luottamusta jäsenvaltioissa, joka on erityisen tärkeää, jotta ratkaisut säilyvät legitimeinä.⁹⁰ Toisaalta, jäsenvaltiot voivat keskusteluyhteyden kautta mahdollisesti myös painostaa EIT:tä tekemään haluamansa ratkaisun esimerkiksi juuri subsidiariteettiperiaatteen perusteella. Kokevat, etteivät tuomiot vastaa niiden oikeuskäsitystä, ne voivat äärimmäisessä tilanteessa jättää noudattamatta tuomioita.

Tuomioiden täytäntöönpanemista jäsenvaltioissa voidaan pitää voimakkaasti poliittisena prosessina, joka edellyttää toimia toimivaltaisilta kansallisilta toimielimiltä.⁹¹ Kun EIT on antanut langettavan tuomion, sen täytäntöönpanon valvominen siirretään ministerikomitealle ja sopimusvaltio tyypillisesti kohtaa seuraavat toimenpiteet:

”(1) just satisfaction, which is comprised of pecuniary and nonpecuniary financial reparations and set by the Court; (2) individual measures, which can range from publishing the ECtHR’s rulings in a national newspaper to striking victims’ name from official records or reopening cases on the domestic level; and (3) general measures, which are designed to prevent the same type of abuse from happening again”

Ministerikomitea toimii läheisesti yhteistyössä sopimusvaltioiden kanssa suunnitellakseen ja toteuttaakseen EIT:n tuomioiden implementoimisen. Tämä yhteistyö perustuu harkintamarginaaliopin tapaan subsidiariteettiperiaatteeseen, jonka mukaan jäsenvaltiot pystyvät itse parhaiten hahmottamaan sopivat toimintatavat.⁹²

Voimakkain rangaistus sopimuksen noudattamatta jättämisestä on erottaminen Euroopan neuvostosta. Euroopan neuvosto on uhannut erottaa Ukrainan ja Venäjän. Uhkaus on sinänsä kuitenkin katteeton, ettei Euroopan neuvosto voi käytännössä erottaa Länsi-Eurooppalaisia jäsenvaltioita, jotka tosiasiallisesti toimivat sen rahoittajina.⁹³ Toisaalta Itä-Euroopan jäsenvaltioiden erottaminen ei ole kannattavaa, mikäli yksi niiden jäsenyyden ydintavoitteista on saada ne osaksi Eurooppalaista järjestelmää ja demokratiaa, ja pyrkiä kehittämään niiden ihmisoikeustilanteita. EIT:n mahdollisuudet vaikuttaa kansalliseen lainsäädäntöön ja kansallisten tuomioiden purkamiseen ovat siis hyvin rajoitetut. Tärkeimpiä yhteistyöelimiä EIT:lle voidaankin pitää kansallisia oikeudellisia instituutioita, jotka ottavat sovellettavakseen Euroopan neuvoston oikeutta.⁹⁴

⁹⁰ Pellonpää 2012 In Heinonen ja Lavapuro) s. 89.

⁹¹ Hillebrecht 2012, s. 2.

⁹² Hillebrecht 2012, s. 2.

⁹³ Hillebrecht 2012, s. 5.

⁹⁴ Hillebrecht 2012, s. 6.

2.4 Vertailukohta: Ihmisoikeudet Euroopan unionin oikeudessa

Euroopan unionin taustalla on vuonna 1957 perustettu Euroopan yhteisö, jonka perustamissopimukseen ei sisältynyt määräyksiä perusoikeuksista. Perusoikeuksien ei katsottu kuuluvan taloudellisia tavoitteita ajamaan tarkoitettun järjestön toimintaa säätelevään normistoon.⁹⁵ Tärkein yhteisön primaarioikeuteen alusta lähtien sisältynyt perusoikeussäännös koskee sukupuolten tasa-arvoa. Rooman sopimuksen 119. artikla koskee erityisesti samapalkkaisuutta.⁹⁶

Ihmisoikeuksilla ei ole alun perin ollut kovinkaan suurta merkitystä Euroopan unionin oikeudessa, sillä järjestön tarkoituksperät ovat olleet lähinnä taloudelliset. Unionin perusoikeusjärjestelmän kehitykseen voidaankin katsoa vaikuttaneen integraation lisäksi myös eräiden alun perin taloudellisiksi miellettyjen perusvapauksien kehittyminen. Tällaisia ovat esimerkiksi aiemmin mainitut syrjintään liittyvät oikeudet ja liikkumisvapaus.⁹⁷ Nykyisellään ihmisoikeuksien merkitys EUT:n oikeuskäytännössä on kasvanut, EIS:n ja EIT tulkintaan viitataan säännönmukaisesti. Huolimatta siitä, että EIS tavallaan sisältyy perusoikeuskirjaan, perusoikeuskirjan hyväksyminen tai oikeudellisesti sitovaksi tuleminen eivät ole syrjäyttäneet Euroopan ihmisoikeussopimuksella argumentoimista EUT:n oikeuskäytännössä.⁹⁸

EU:n perusoikeuskirjaan pohjautuvien oikeuksien järjestelmässä on kyse unionin omista perusoikeuksista, jotka ovat verrannollisia esimerkiksi Suomen valtiosääntöjärjestelmän perusoikeuksiin. Euroopan ihmisoikeussopimuksen asema EU-oikeudessa ja muut ihmisoikeusvelvoitteet sen sijaan liittyvät ulkosuhteisiin. Soveltaessaan ihmisoikeussopimusta osana EU-oikeuden muita yleisiä periaatteita, EUT ei toimi niinkään ihmisoikeustuomioistuimena, vaan enemmän samaan tapaan kuin kansalliset tuomioistuimet. EIS ei ole sille ensi-sijainen arvioinnin väline mahdollisiin oikeusloukkauksiin, vaan yksi lähde tärkeydestään huolimatta.⁹⁹

EU:n toiminnan ydinalueena ovat laajentumisesta ja integraation syvenemisestä huolimatta edelleen sisämarkkinat ja tavaroiden, henkilöiden, palvelujen sekä pääomien va-

⁹⁵ Pellonpää 2012, s. 85

⁹⁶ Huom. Nykyisin SEUT 157, vastaava oikeus sisältyy perusoikeuskirjan 23 artiklaan.

⁹⁷ Pellonpää 2012, s. 86.

⁹⁸ Pellonpää 2012, s. 95.

⁹⁹ Pellonpää 2012, s. 89-90.

paa liikkuvuus. Yksityishenkilöiden liikkumisvapautta koskevissa kysymyksissä on tyypillisesti oltu ihmisoikeuskysymysten äärellä ja EYT viittasikin ensimmäisen kerran Euroopan ihmisoikeussopimukseen tapauksessa, joka koski liikkumisvapautta. Tällöin tuomioistuin totesi tapauksessa *Ritili v. Minister for the Interior*, että liikkumisvapautta koskevaa sekundäärioikeutta tuli tulkita myönteisesti suhteessa Euroopan ihmisoikeussopimuksen suojaamiin oikeuksiin. Kyseisessä tapauksessa EYT viittasi nimenomaan EIS:n sanamuotoihin, eikä EIT:n omaan oikeuskäytäntöön. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella ei ratkaisua tehtäessä vielä ollut oikeuskäytäntöä aiheeseen liittyen.¹⁰⁰

Liikkumisvapautta EUT on käsitellyt myös tapauksessa *Hacene Akrich*. Tapauksessa *Akrich* sai rikostaustastaan huolimatta maahantulo- ja maassaolo-oikeuden Iso-Britanniaan. EUT katsoi ratkaisussaan, että EIS:n 8 artiklassa turvaama perhe-elämän suoja oli huomioitava tapausta ratkaistaessa. Euroopan ihmisoikeussopimus ja EIT:n oikeuskäytäntö toimivat EUT:n ratkaisussa keskeisinä perusteina yksilöiden kannalta myönteiselle tulkinnalle. Pelkkä unionin oikeus olisi antanut perusteet toisenlaiselle ratkaisulle.¹⁰¹ EIT:n oikeuskäytännöllä ei kuitenkaan ole ollut yhtä suurta merkitystä muihin sisämarkkinavapauksiin kuin liikkumisvapauteen ja sellaisten palveluiden tarjonnan vapauteen, jotka sivuavat yksilön liikkumisvapautta tai muita oikeuksia. Tavaroiden liikkumisen suhteen rajoitukset eivät yleensä koske yksityishenkilöitä, minkä vuoksi perusoikeuksien soveltuvuutta tavaroiden liikkumista koskevaan vapauteen on pidetty rajallisena.

EU:n perustamisaikaan liittyvään vähäiseen kiinnostukseen ihmisoikeuksista voidaan katsoa olevan kaksi syytä. Vaikka EU:ssa on aina pidetty ideaaleina demokratiaa, ihmisoikeuksia ja oikeusvaltiota, ei ihmisoikeuksia silti ole nähty olennaisena osana Euroopan integraatiota, johon EU keskittyy. Toisekseen on aina pidetty oletusarvoisena, että ihmisoikeuksien suojaaminen on katettu Euroopan neuvoston ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen toimesta.¹⁰²

Huolimatta siitä, ettei ihmisoikeuksien turvaamisen ole perinteisesti katsottu olevan Euroopan unionin ominta alaa, on Euroopan unionin oikeus paikoin vaikuttanut jäsenvaltioiden lainsäädäntöihin jopa enemmän, kuin Euroopan ihmisoikeussopimus. Esi-merkiksi ikäsyryjännän suhteen EU:n oikeuden asema on vahva ja myös EIT on omissa

¹⁰⁰ Pellonpää 2012, s. 99.

¹⁰¹ Pellonpää 2012, s 101.

¹⁰² Greer 2006, s. 48.

syrynnän kieltoa koskevissa ratkaisuissaan käyttänyt argumenteissaan Euroopan unionin oikeutta. Suomen yhdenvertaisuuslainsäädäntöön ovat myös vaikuttaneet merkittävästi esimerkiksi neuvoston direktiivi yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista, eli työsyryntädirektiivi (2000/78/EY) sekä rodullista ja etnistä tasa-arvoa koskeva neuvoston direktiivi 2000/43/EY.

Euroopan yhteisön tuomioistuimessa viittaaminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen alkoi vuonna 1974, Ranskan ratifioitua viimeisenä EY:n silloisista jäsenvaltioista EIS. Tuolloin EYT viittasi ratkaisussaan Elliniki Radiophonia Tiléorassi (18.6.1991) EIS:n 10 artiklaan ja totesi, että EIS:llä on erityinen merkitys yhteisön oikeudessa. Ratkaisussa todettiin myös, ettei EY:n oikeudessa voida hyväksyä sopimuksessa tunnustettujen ja turvattujen ihmisoikeuksien kanssa ristiriidassa olevia toimenpiteitä. Maastrichtin sopimuksella kyseinen käytäntö kirjattiin myös unionisopimukseen. Nykyään Maastrichtin sopimuksella yhteisön oikeuteen tuodut periaatteet on kirjattu Sopimukseen Euroopan unionista 6 artiklan kohtaan 3.

Nizzan huippukokouksessa vuonna 2000 edistettiin huomattavasti Euroopan unionin oman perusoikeussäännösten luomista. Nizzassa Euroopan parlamentin puhemies sekä neuvoston ja komission puheenjohtajat allekirjoittivat Euroopan unionin perusoikeuskirjan. Lissabonin sopimuksen myötä perusoikeuskirja tuli voimaan oikeudellisesti sitovana.

Perusoikeuskirjan sisältö perustuu perustamissopimukseen, yhteisiin valtiösääntöperiaatteisiin ja kansainvälisiin sopimuksiin. Kansainvälisiin sopimuksiin kuuluu Euroopan ihmisoikeussopimus, erityisesti EIT:n tulkinnan näkökulmasta. Perusoikeuskirjan 52 artiklan kohdassa 1 annetaan jäsenvaltioille oikeudet joustaa oikeuksien noudattamista samankaltaisilla edellytyksillä, kuin EIS:n rajoituslausekkeissa.¹⁰³ Erona EIS:n rajoituslausekkeisiin on tosin se, että perusoikeuskirjassa on vain yksi yleinen rajoituslauseke, kun taas EIS:n jokaisella artiklalla on oma rajoituslausekkeensa.

Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvattujen klassisten vapausoikeuksien lisäksi unionin perusoikeuskirja käsittää myös TSS-oikeuksia.¹⁰⁴ TSS-oikeuksien sisältyminen perusoikeuskirjaan on myös herättänyt jossain määrin painetta ulottaa myös EIS koskemaan muitakin kuin kansalais- ja poliittisia oikeuksia. Tätä vastaan puhuvat useat

¹⁰³ Pellonpää 2012, s. 93. Huom. Rajoituslausekkeista myöhemmin lisää.

¹⁰⁴ Pellonpää 2012 s. 92.

seikat. Ensinnäkin se, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen ei koskaan ollut tarkoitus edistää ihmisoikeuksia vaan lähinnä puolustaa demokraattisten instituutioiden luonnetta. Toisekseen EIT on jo nyt pahasti ruuhkautunut ja tapausten käsitteleminen on hidasta. Kolmanneksi ”konstitutionalisoidut” hyvinvointioikeudet olisivat ongelmallisia. Kun sopimusvaltiot ovat niin heterogeeninen joukko, kuin Euroopan neuvoston jäsenvaltiot, yhteisten TSS-standardien löytäminen olisi todennäköisesti mahdotonta.

Euroopan unionista tehdyssä sopimuksessa Euroopan unioni ”tunnustaa” perusoikeuskirjassaan turvatut oikeudet, vapaudet ja periaatteet. Sopimuksessa myös todetaan, että unioni liittyy Euroopan ihmisoikeussopimukseen. EIS:n liittymisessä on kyse niin sanotusta perustuslaillisesta toimeksiannosta, joka ei kuitenkaan ole vielä toteutunut.¹⁰⁵

EU:n liittyminen osaksi Euroopan ihmisoikeussopimusta lienee toistaiseksi jäissä. Liittyminen olisi tarpeellista, jotta myös EU:n toimielinten toiminta saataisiin tutkittavaksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen piiriin.¹⁰⁶ Ongelmallista kuitenkin on esimerkiksi se, että EUT:n pitäisi saada määrittää suojan minimitaso, kun taas EIS:n jäsenvaltioille sen tyypillisesti tekee EIT. Toisekseen Euroopan unionissa noudatetaan vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta. Periaatteen mukaan toisessa jäsenvaltiossa tehty oikeudellinen ratkaisu on hyväksyttävä sellaisenaan myös muissa jäsenvaltioissa.¹⁰⁷ Jäsenvaltioiden on tavallaan luotettava, että suojan taso on kaikissa jäsenvaltioissa sama. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin kuitenkin asettaisi jäsenvaltiot eri ”luokkiin” keskenään, sillä se on jo aikaisemmin katsonut, että pakolaisten palauttaminen tiettyihin maihin rikkoisi Euroopan ihmisoikeussopimusta, sillä pakolaisten olot kyseisissä maissa tulisivat olemaan epäinhimilliset.

Ongelmallista liittymisessä ja siinä, että ihmisoikeusulottuvuuden ei välttämättä voida enää katsoa olevan EUT:llekaan pelkkä lisäarvo tai taloudellisten vapauksien sivutuote, on myös se, että tällä hetkellä sekä EUT että EIT pitävät itseään korkeimpana oikeudellisena instanssina – EIT toki ihmisoikeudellisissa kysymyksissä ja EUT unionioikeudellisissa asioissa. Se, että tuomioistuinten ratkaistavaksi voi unionin oikeuden perusoikeusulottuvuuden vahvistumisen vuoksi tulla samankaltaisia kysymyksiä, voi aiheuttaa sen, että tapaukselle saa erilaisen ratkaisun sen mukaan, kumpaan tuomioistuimeen sen

¹⁰⁵ Pellonpää 2012, s. 85.

¹⁰⁶ Ojanen 2015, s. 99.

¹⁰⁷ Ojanen 2015, s. 101.

vie ratkaistavaksi.¹⁰⁸ Esimerkiksi seksuaaliseen syrjimättömyyteen liittyvissä kysymyksissä EUT on voinut vaikuttaa joissain tapauksissa jopa enemmän ihmisoikeuksien suojaan kuin EIT. Seksuaalisen syrjimättömyyden suoja on EIT puolella ollut perheoikeudellisesti ”puutteellinen”, sillä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen perhe-käsite on muodostunut tulkintakäytännössä erittäin heteronormatiiviseksi.¹⁰⁹ Toisaalta tuomioistuimet myös käyvät keskenään vuoropuhelua ja viittaavat toistensa oikeuskäytäntöihin ainakin seksuaalista syrjimättömyyttä koskevissa tapauksissa.¹¹⁰

Yhteenvedon voidaan todeta, että instituutioiden luonteista johtuen, Euroopan unionilla on ihmisoikeuksiin ainakin jossain määrin erilainen lähestymistapa verrattuna Euroopan neuvostoon ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Kun ihmisoikeudet Euroopan unionissa ovat käytännössä lähinnä välinearvo, kuten esimerkiksi aborttioikeuden kohdalla ja muutenkin vain tapa edesauttaa taloudellisen integraation etenemistä, ovat ihmisoikeudet Euroopan neuvoston ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen itseisarvo. Tämä vaikuttaa esimerkiksi siihen, millaisin argumentein tuomioistuimet perustelevat ratkaisujaan. EIT ei esimerkiksi koskaan käytä taloudellisia argumentteja, kun taas taloudellisen lisäarvon hankkiminen on Euroopan unionille luontaista. Se ei kuitenkaan muuta sitä, että myös EUT:n ratkaisut voivat olla ihmisoikeuksien suojan kehittymisen kannalta olennaisia ja aiemmin todetulla tavalla tiettyjen oikeuksien kohdalla jopa olennaisempia kuin EIT:n ratkaisut.

2.5 Yhteenveto

Kun pohditaan jotain oikeudellista ilmiötä, on muistettava, ettei oikeus tapahdu koskaan tyhjiössä. Oikeus on vuorovaikutuksessa yhteiskunnan ja politiikan kanssa. Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaan vaikuttavat monet erilaiset ja toisistaan irrallisetkin osaset. Wienin sopimus ohjaa tulkintaa kansainvälisoikeudellisella tasolla, huolimatta siitä, että sitä on kritisoitu. Wienin sopimus ohjaa tulkitsijaa keskittymään sopimuksen alkuperäiseen tarkoitukseen ja tulkitsemaan sopimusta suhteessa sen päämääriin. Euroopan neuvosto perustettiin alun perin suojaamaan ihmisoikeuksia Euroopassa. Sen tehtäviin ei varsinaisesti ole luettu ihmisoikeuksien suoranaista edistämistä. Näin ollen

¹⁰⁸ Jyräki 2009, s. 103.

¹⁰⁹ Jyräki 2009, s. 100.

¹¹⁰ Jyräki 2009, s. 105.

voitaisiin johtaa ajatus, jonka mukaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tehtävä on Euroopan ihmisoikeussopimuksen pohjalta määrittää ihmisoikeuksien suojan minimitaso, ei suinkaan edistää ihmisoikeuksia. Toisaalta myöskään minimitason määrittäminen ei ole itsestäänselvyys, kuten huomattiin Golder –tapauksessa.

Toisekseen jäsenvaltioilla on erilaisia syitä jättää noudattamatta sopimusta, eikä aina ole välttämättä kysymys ns. tahallisesta kapinoinnista.

Edellisen perusteella huomattavaa on myös, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käyttämät tulkintadoktriinit ovat muovautuneet monien eri tekijöiden seurauksena. Vaikutusta on ollut yhtäältä Wienin sopimuksella, että toisaalta jäsenvaltioiden kuulemiseen järjestetyillä konferensseilla. Hypoteesina vaikuttaisi siltä, että tulkinta on paljolti tasapainottelua erilaisten EIT:hen kohdistuvien tahtotilojen välillä.

3. Harkintamarginaalioppi ja konsensus tulkintadoktriineina

The doctrine of margin of appreciation is a complex one about which there has been much debate. We do not dispute its importance as a valuable tool devised by the Court itself to assist it in defining the scope of its review. It is a variable notion which is not susceptible of precise definition.

- High level Conference Brighton 18-20.4. 2012 Sir Nicolas Bratza, President Euroopan ihmisoikeustuomioistuim

3.1 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintadoktriineista

Kuten aikaisemmin todettiin, EIT seuraa yleensä omaa edeltävää oikeuskäytäntöään, mutta toisinaan muutoksia tulkintajatkumoissa tehdään. Tähän liittyy evolutiivisdynaaminen tulkintatapa, joka tarkoittaa, että aiemmasta tulkintakäytännöstä voidaan joustaa, jottei tuomioistuimen oma oikeuskäytäntö muodostuisi ihmisoikeuksien kehityksen hidasteeksi. Tähän liittyy olennaisesti myös elävä asiakirja -doktriini, jonka mukaan ihmisoikeussopimusta on tulkittava tämän päivän olosuhteiden valossa.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin käyttää tulkinnassaan myös oikeusvertailua kartoittaakseen jäsenvaltioidensa oikeudellista tilaa. Oikeusvertailua käytetään myös harkintamarginaalin laajuuden määrittämiseen. Harkintamarginaalioppi on tulkintadoktriini, jonka avulla EIT pyrkii arvioimaan jäsenvaltion liikkumavaran suhteessa sopimusvelvoitteisiin.

Konsensusperiaate on tulkintaperiaate, jolla EIT pyrkii mittaamaan asenneilmastoa sopimusvaltioissa, toisinaan myös laajemmalla alueella. Konsensusargumenttien avulla määritetään erityisesti valtion harkintamarginaalin laajuutta, mutta myös esimerkiksi tuomioistuimen vakiintunutta tulkintatapaa voidaan evolutiivisdynaamisesti muuttaa, mikäli katsotaan, että jäsenvaltioissa vallitsee asiasta konsensus tai ainakin enemmistön omaksuma tietty lähestymistapa tai jäsenvaltioissa kehittyvä trendi. Kesken.

Harkintamarginaalioppi

Mikäli jäsenvaltio haluaa rajoittaa jotain EIS:n takaamaa oikeutta, oikeuksien rajoitusten tulee aina olla laillisia ja laissa säädettyjä. Rajoitukset edellyttävät myös riittävää suojaa viranomaisten mielivallalta. Jäsenvaltion on aina tavoiteltava rajoituksella hyväksyttävää päämäärää, ja toisaalta rajoituksen täytyy olla demokraattisessa yhteis-

kunnassa välttämätön tavoiteltavan päämäärän saavuttamisen kannalta, jotta henkilön oikeuksia voidaan rajoittaa. Toimenpiteiden laajuuden täytyy myös olla järkevässä suhteessa suojellun päämäärän suhteen.¹¹¹

Valtion harkintamarginaali liittyy keskeisesti oikeuksien rajoittamiseen. Harkintamarginaalin alkuperäinen tarkoitus liittyykin siihen, että kun edeltävät ehdot täyttyvät, EIT ei itse ryhdy arvioimaan rajoitusten objektiivista välttämättömyyttä säännönmukaisesti, vaan jättää jäsenvaltioille tietyn harkintamarginaalin verran liikkumavaraa tehdä linjauksensa itse. Valtiolla jää osoitettavaksi, että sen on ollut aihetta uskoa rajoitusten olleen välttämättömiä - todistustaakka on valtiolla.¹¹² Esimerkiksi myöhemmin käsiteltävässä X ym. v. Itävalta -tapauksessa Itävalta ei onnistunut täyttämään todistustaakkaansa, jolloin EIT katsoi, ettei se ollut voinut osoittaa rajoitustoimenpiteidensä olleen tarpeellisia.¹¹³

Yksi olennainen peruste harkintamarginaalin käytölle on, että joissain tapauksissa kansalaisia lähellä olevat kansalliset tuomioistuimet ovat paremmassa asemassa tekemään päätöksiä kuin ylikansalliset toimijat. Esimerkiksi tapauksissa, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisten arvoja, kykenee kansallinen toimielin arvioimaan paremmin kansalaisten näkemyksen arvokysymyksestä.¹¹⁴ Tällä tavoin harkintamarginaali tukee esimerkiksi subsidiariteetti-periaatetta.¹¹⁵ EIT ei halua korvata kansallisten tuomioistuinten tulkintoja siitä, miten EIS:ta pitäisi soveltaa. Harkintamarginaalin laajuutta säätelemällä EIT voi vaikuttaa siihen, miten oikeuksien ulottuvuus määritellään ja sitä kautta siihen, millaiset jäsenvaltioiden velvoitteet ovat.¹¹⁶

Harkintamarginaalioppi-doktriinin on väitetty kokeneen inflaatiota sen liiallisen tarpeettoman käytön vuoksi, mikä vähentää sen vakavasti otettavuutta ratkaisuisissa, joissa harkintamarginaalioppia todella tarvittaisiin. Harkintamarginaaliopin käyttämisen inflaatiota edustavat erityisesti tilanteet, joissa harkintamarginaali mainitaan, vaikka sillä ei ole mitään hyödyllistä käyttötarkoitusta tapauksen ratkaisun kanssa. Tällaisia tilanteita ovat esimerkiksi tilanteet, joissa harkintamarginaali mainitaan ilman että sillä

¹¹¹ Pellonpää ym. 2012, s. 222, 223, 225, 228 - 229 Hirvelä 2012, s. 672-673.

¹¹² Pellonpää ym. 2012, s. 229- 230, Rautiainen 2011 s. 1153.

¹¹³ X ym. v. Itävalta, kohta 142.

¹¹⁴ Smet 2013, Pellonpää 2012, s. 230. Ks. myös A. B. and C v. Irlanti kansallisten arvojen merkityksestä ja harkintamarginaalin suhteesta eri artikloihin: *Hirvelä* 2013, s. 25.

¹¹⁵ Rautiainen 2011, s. 1153.

¹¹⁶ Kratochvil 2011, s. 328.

on vaikutusta tapauksen ratkaisuun, tai marginaali mainitaan, mutta sillä ei ole ratkaisussa minkäänlaista roolia. EIT puhuu toisinaan myös määrittelemättömästä ”tietystä marginaalista”¹¹⁷, ja mainitsee harkintamarginaalin vasta johtopäätöksessä, jolloin harkintamarginaalin merkitystä tapauksessa ei tosiasiallisesti punnita. Harkintamarginaalia käytetään myös epäkoherentisti niin, että sen merkityssisältö vaihtelee.¹¹⁸

Harkintamarginaaliopin käyttötavat ovat myös laajentuneet aiemmin mainitusta valtion liikkumavaran tarjoamisesta, ja asiantuntijasta riippuen harkintamarginaalille nähdään useita eri käyttötarkoituksia. Sitä käytetään myös punnitsemistarkoituksessa, kun EIT:n täytyy löytää tasapaino yksityisen ja julkisen edun välillä, sekä tulkinnassa EIS:n epämääräisten termien tarkentamiseen.¹¹⁹

Samoin harkintamarginaaliopin soveltaminen EIT:n tulkinnassa on laajentunut yhä useamman artiklan alalle. Harkintamarginaaliopin käyttöä ja sen vaikutusta voidaan myös pitää vaikeasti ennakoitavana. Kuten myöhemmin todetaan konsensuksesta, myöskään harkintamarginaaliopilla ei voida katsoa olevan selkeitä olemassaolon kriteereitä, ja tuomioistuin tuntuu ottavan harkintamarginaaliopin ratkaisuisaan automaattisesti esille.¹²⁰

Harkintamarginaaliopin ottaminen esille automaattisesti tapauksissa, joiden ratkaisuun sitä ei itse asiassa tarvittaisi, voi EIT:n nähdä ikään kuin vahvistavan ratkaisuun argumentoimalla myös harkintamarginaaliopilla. Toisin sanoen harkintamarginaalioppia mahdollisesti käytetään myös legitimoimaan ratkaisuja ilman välttämätöntä tarvetta.

Harkintamarginaaliopin kehittyessä on pääsääntöisesti mennyt niin, että marginaali on kapea alueilla joita pidetään yhteiskunnallisesti tärkeimpinä, ja toisaalta laajempi alueilla, jotka eivät ole samalla tavalla välttämättömiä esimerkiksi demokratian toteutumisen kannalta.¹²¹ Tyypillisesti juuri 8. ja 12. artikla ovat joustavan harkintamarginaalin piirissä. Kolmas tapauksissa käsiteltävä artikla 14 kuuluu yleensä tiukan harkintamarginaalin alaan. Toisaalta taas esimerkiksi artiklojen 2 ja 3 suojaamien oikeuksien

¹¹⁷ EIT puhuu säännöllisesti oikeustapauksissaan ”certain margin” –liikkumavarasta, jota ei kuitenkaan määritellä.

¹¹⁸ Kratochvil 2011, s. 336.

¹¹⁹ Kratochvil 2011, s. 328.

¹²⁰ Kratochvil 2011, s. 1.

¹²¹ Pellonpää ym. 2012, s. 230.

kohdalla voidaan katsoa harkintamarginaalin olevan käytännössä olematon. Vaikka arvokysymykset ovat tyypillisesti laajan harkintamarginaalin piirissä, poikkeava kohdeltu sukupuolen tai seksuaalisuuden perusteella on aina tiukemman harkintamarginaalin varassa.¹²²

Harkintamarginaali on jäsenvaltion mahdollisuus joustaa EIS:n vaatimuksista suuntaan tai toiseen. Toisinaan voi olla vaikea nähdä, millä perusteella harkintamarginaalin laajuus määräytyy, ja EIT ei aina edes kattavasti avaa ratkaisuisaan, miten se määrittelee marginaalin laajuuden.¹²³

Konsensustulkinta

Euroopan ihmisoikeussopimuksessa tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä ei kummassakaan määritellä sanatarkasti, mitä tarkoitetaan konsensusperiaatteella, tai milloin jostain asiasta voidaan katsoa olevan konsensus. Konsensuksesta käytetään vaihtelevia nimikkeitä; sekä EIT itse oikeustapauksien perusteluissa, että asiantuntijat oikeuskirjallisuudessa käyttävät useita eri ilmaisuja. Konsensuksen määritelmää ja perimmäistä luonnetta on kuitenkin käytännössä lähdettävä hakemaan EIT:n oikeuskäytännössä. Vaikka kyseistä termiä ei suoranaisesti määritelläkään on oikeuskäytäntö ainut keino hahmottaa, mitä EIT kyseisellä doktriinilla hakee. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa konsensusperiaate esiintyy monesti esimerkiksi termeillä eurooppalainen mittapuu, tai eurooppalainen standardi, sekä yleiseurooppalainen standardi.¹²⁴ Myös termin merkityssisältö vaihtelee. Tämäkin johtuu mahdollisesti siitä, ettei konsensuksen kriteerejä ole missään määritelty, joten nimitys vaihtelee sen mukaan, mitä termin käyttäjä haluaa viestiä konsensuksen olemuksesta tai käyttö-tarkoituksesta.

Konsensusperiaate toimii EIT:n oikeuskäytännössä harkintamarginaalin laajuutta määrittävänä tekijänä.¹²⁵ Kun jostain asiasta vallitsee EIT:n tulkitsema konsensus, on jäsenvaltion harkintamarginaali asian tiimoilta tyypillisesti kapeampi. Kun konsensusta

¹²² X ymv. Itävalta, kohta 148.

¹²³ Dzehtsiarou 2009, s. 1.

¹²⁴ Hirvelä 2013, Pellonpää ym. 2012, Rautiainen 2011, s. 1156.

¹²⁵ Rautiainen 2011, s. 1156, Dzehtsiarou 2011, s. 534.

ei ole, harkintamarginaali on laajempi.¹²⁶ Yleensä rajoittaessaan valtion harkintamarginaalia, EIT pyrkii osoittamaan vallitsevan konsensuksen useasta lähteestä. Laajentaessaan valtion harkintamarginaalia, EIT päinvastoin osoittaa konsensuksen puutteen tyypillisesti vain yhdestä lähteestä.¹²⁷ Tämä voi johtua siitä, että konsensusargumentoinnin käyttöä on toisinaan pidetty enemmistön mielivaltana, ja useasta lähteestä konsensuksen toteaminen vaikeuttaa konsensuksen käyttöä harkintamarginaalin rajoitteena. Tällä EIT pyrkinee kasvattamaan legitimitettiään; mikäli sopijavaltiota lähdetään rajoittamaan, haetaan perusteet laajalta pohjalta. On myös huomioitava, että joissain tapauksissa selkeä konsensuskaan ei aina rajoita valtion laajaa harkintamarginaalia.¹²⁸

Konsensusargumentoinnin käyttö on yleistynyt vuosien varrella, ja nykyisin EIT käyttää konsensusargumentteja laajasti lähes kaikkien artiklojen takaamiin oikeuksiin. Konsensusargumentointia on alun perin käytetty ratkaisuisissa jotka koskevat 15. artiklaa, mutta se laajeni nopeasti artikloihin 8-11, joissa jokaisessa on rajoituslausekkeet, eli jäsenvaltiolla on mahdollisuus joustaa sopimusvelvoitteista esimerkiksi kansallisen turvallisuuden puolesta.¹²⁹

Harkintamarginaaliopin määritteenä toimimista voidaan pitää myös liian kapeana viitekehyksenä konsensusargumentoinnin käyttämiselle. Erilaiset konsensusargumentit myös määrittävät epäselkeitä mainintoja EIS:ssä ja toimivat yhtenä lähestymistapana autonomisen tulkinnan periaatteeseen. Konsensuksen voi katsoa olevan yhteydessä myös evolutiivisdynaamiseen tulkintadoktriiniin, ja toisaalta konsensus monesti löydetään oikeusvertailun tuloksena. Tässä työssä käsittelen kuitenkin konsensusperiaatetta erityisesti harkintamarginaalioppiin kiinnitettynä, sillä harkintamarginaalioppiin se kiinnittyy myös valitsemallani tulkintajatkumolla.¹³⁰

Vaikka ei olekaan määritelty lähteitä, joista konsensuksen olemassaolo pitäisi päätellä tai annettu kriteereitä milloin konsensus on olemassa, EIT:n oikeuskäytännössä konsensusta etsitään yleensä kolmesta lähteestä. Ensimmäinen lähde on jäsenvaltioiden lainsäädäntö, sekä ne kansainväliset sopimukset, jotka jäsenvaltioita sitovat. Toisinaan

¹²⁶ Pellonpää ym. 2012, s. 231, Dzehtsiarou 2009, s. 1.

¹²⁷ Rautiainen 2011, s. 1157.

¹²⁸ Ks. A.B. ja C v. Irlanti, Hirvelä 2013, s. 28, 235-236.

¹²⁹ Letsas 2004, s. 296.

¹³⁰ Dzehtsiarou 2009, s.1.

katsotaan myös sellaisiin kansainvälisiin sopimuksiin, joita jäsenvaltio ei ole edes allekirjoittanut.¹³¹ EIT on viitannut myös EY/EU-oikeuskäytäntöön.

Toisekseen konsensusta etsitään monesti tiedeyhteisöjen ja asiantuntijoiden mielipiteistä, jotka perustuvat joko lääketieteelliselle tai tieteelliselle tutkimukselle. Kolmanneksi konsensusta voidaan etsiä myös kansalaismielipiteistä, kuten esimerkiksi tapauksessa A.B. ja C v. Irlanti.¹³² Yksi tapa käyttää konsensusta on myös kontekstuaalisen tulkinnan tapa, jossa todetaan jäsenvaltiolla olevan erityinen konteksti, joka näin sulkee konsensusargumentoinnin mahdollisuuden kokonaan pois. Samantyyppinen ratkaisu EIT:ltä on todeta, että konsensusta ei voi olla johtuen käsiteltävän asian luonteesta.¹³³

Konsensuksen voidaan katsoa löytyvän myös silloin, kun asenteet Euroopassa ovat kehittymässä johonkin suuntaan, vaikka tämä kehitys ei vielä näkyisikään valtaosan jäsenvaltioista lainsäädännössä. Tämä tulkintatapa yhtenee erityisesti mainitun ”living instrument” -doktriinin kanssa.¹³⁴ Tällaisen käsitykseen konsensuksen olemassaolosta liittyy myös ajatus trendimäisestä konsensuksesta, joka ilmenee jäsenvaltioissa käynnissä olevasta kehityssuunnasta.¹³⁵ Konsensusta voidaan toisinaan etsiä myös jäsenvaltion sisäisestä oikeuskäytännöstä, jolloin tarkastellaan, toimitaanko koko jäsenvaltion alueella tietyn asian suhteen samalla tavalla. Tällöin EIT pyrkii yleensä myös mittaamaan kansallista asenneilmastoa käsiteltävänä olevan ongelman suhteen.

136

EIT:n konsensusargumentoinnista voi myös erottaa sellaisen argumentoinnin joka liittyy konkreettisesti eurooppalaiseen konsensukseen, ja toisaalta argumentoinnin muuhun konsensukseen liittyen, jos esimerkiksi viitataan Euroopan ulkopuolisten maiden näkemyksiin tietyistä asioista. Euroopan ulkopuolelle ulottuvaan konsensukseen vedottaessa on yleensä kysymys yllä mainitusta trendimäisestä konsensuksesta.¹³⁷

¹³¹ Letsas 2005, s. 300.

¹³² Rautiainen 2011, s. 1156.

¹³³ Rautiainen 2011, s.1157.

¹³⁴ Letsas 2004, s. 300.

¹³⁵ Dzehtsiarou 2011, s. 541.

¹³⁶ Dzehtsiarou 2009, s. 11.

¹³⁷ Dzehtsiarou 2009, s.10.

On myös argumentoitu, ettei konsensus ole koskaan ollut tapauksen ratkaisun perusta, vaan lähinnä legitimointityökalu, jolla EIT paikkaa puuttuvaa legitimitettiään.¹³⁸ Eli tavallaan jotain irrallista jolla tuomioistuin perustelee ratkaisuaan, tehtyään sen mahdollisesti muilla perusteilla jo aikaisemmin. Konsensusargumentointi toimisi loogisena ratkaisuna legitimitettiongelmaan, koska perustelemalla jäsenvaltioiden omilla lainsäädännöillä tai Euroopassa yleisesti tapahtuvaan kehitykseen, EIT hakee auktoriteettia jäsenvaltioista itsestään, eikä näin ollen toimi tavallaan kansallisvaltion yläpuolella olevana ulkopuolisena ”linjaajana”. Tämän vuoksi konsensuksen etsiminen monesta lähteestä on myös vakuuttavampaa, kuin konsensuksen toteaminen vain yhdestä lähteestä. Konsensuksen legitimointivaikutus toimisi näin tietyssä määrin samalla tavoin legitimoivana, kuin tuomioistuimen tapa käydä keskustelua kansallisten oikeusinstanssien kanssa.

3.2 Konsensustulkinta oikeustapauksissa

3.2.1 Konsensus aborttioikeutta koskevassa tapauksessa

Tapauksessa A. B. ja C. v. Irlanti on kyse naisen oikeudesta aborttiin Irlannissa, maassa abortti on näennäisesti sallittu, mutta tosiasiallisesti toteutuakseen vaatisi vielä lisää lainsäädäntöä.¹³⁹ EIT toteaa että jäsenvaltiolla on harkintamarginaali suojella syntymää edeltävää elämää, mutta se ei ole rajoittamaton ja konsensusta etsitään mm. kansalaismielipiteistä. Aiemmin todetulla tavalla tämä on tyypillisistä voimakkaan moraalisisissa kysymyksissä, joissa kansallisen lainsäätäjän katsotaan olevan paremmassa asemassa arvioimaan kansalaisten arvoja. EIT etsii konsensusta myös jäsenvaltioiden lainsäädännöistä, ja toteaa, että jäsenvaltioissa selkeästikin vallitsee määrällinen konsensus aborttioikeudesta. Jäsenvaltioista 31/47 sallii abortin pyydettyä ja 42/47 äidin terveyden ollessa uhattuna.¹⁴⁰ EIT katsoo, että konsensus on niin laaja, ettei ole edes tarpeen arvioida kansainvälisiä trendejä aiheeseen liittyen.¹⁴¹ Vaikka tieteellinen

¹³⁸ Dzehtsiarou 2011, s. 534.

¹³⁹ A. B. ja C. v Irlanti, esimerkiksi kohta 179.

¹⁴⁰ A. B. ja C. v Irlanti, kohta 175.

¹⁴¹ A. B. ja C v. Irlanti, kohdat, 235 – 237.

konsensus elämän alkamisesta puuttui, aborttioikeuden minimivaatimuksista oli kuitenkin selkeä konsensus.

Irlanti puolusti kantaansa toteamalla, että se suojelee syntymättömän oikeutta elämään, joka perustuu moraaliin ja eettisiin arvoihin, joille sopimuksessa taataan laaja harkintamarginaali.¹⁴² Irlanti totesi myös, ettei elämän alkamisesta ole konsensusta.¹⁴³

EIT kiertää tapauksen ratkaisussa jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen konsensuksen toteamalla, että syviin moraalisiin seikkoihin liittyvillä kysymyksillä tuli olla päätösvalta kansallisilla toimielimillä, ja että harkintamarginaalia määrittävät monet muutkin asiat kuin mahdollinen konsensus, ja Irlanti on oikeutettu laajaan harkintamarginaaliin tapauksessa. Kansalliset tuomioistuimet voivat paremmin heijastella kansalaistensa moraalia Irlannissa.¹⁴⁴ EIT piiloutuu asiantuntijoiden puutteellisen konsensuksen taakse elämän alkamisajankohdasta, ja toteaa että koska ajankohtaa ei tiedetä, on valtiolla oltava oikeus suojella sikiön oikeuksia.

EIT katsoo tapauksessa lopulta, ettei aborttikysymyksestä Euroopassa vallitseva konsensus voi olla harkintamarginaalia rajoittava tekijä, koska elämän alkamisajankohdasta ei vallitse konsensusta. Jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen konsensuksen merkitys tapauksen ratkaisussa jää siis lähes olemattomaksi, vaikka voisi kuvitella, että lähes tulkoon yksiselitteisellä konsensuksella olisi vaikutusta. EIT kuitenkin piiloutuu moraalirelativismiin taakse, ja tapauksessa, jossa konsensus Euroopassa on vahvimmiltaan, se sivuutetaan täysin.

Kuten osa tuomareista huomioi jättämässään osin eriävässä kommentissa, konsensuksen löytyminen tyypillisesti rajaa harkintamarginaalia joka muuten olisi laaja, myös sen vuoksi, että EIT:n oikeuskäytännöllä on tarkoituksena olla myös harmonisoiva vaikutus. Jokaisen Euroopan neuvoston jäsenvaltion kansalaisen pitäisi voida nauttia samanlaista ihmisoikeussuojaa riippumatta siitä, missä valtiossa he asuvat. Harmonisointivaikutuksella on kuitenkin rajansa nimenomaan sellaisessa tilanteessa, jossa

¹⁴² A. B. ja C. v. Irlanti, kohta 185.

¹⁴³ A. B. ja C. v. Irlanti, kohta 187.

¹⁴⁴ A. B. ja C. v. Irlanti, kohta 232.

tehdään punnintaa kahden vastakkain olevan oikeuden välillä, kuten tässäkin tapauksessa on kyse lapsen ja äidin oikeuksien punninnasta.¹⁴⁵

Mikäli jäsenvaltioiden konsensus olisi tosiasiallisesti huomioitu, tapauksen ratkaisu olisi todennäköisesti päinvastainen. Nykyisellään tapauksessa katsottiin, ettei Irlanti ollut aborttilainsäädännöllään loukannut Euroopan ihmisoikeussopimusta. EIT ei ilmeisesti halua ottaa kantaa niin vahvasti moraaliseen kysymykseen kuin abortti, ja ilman tiedeyhteisöjen konsensuksen puutteella argumentoimista tapaus tuskin olisi uskottava tai legitiimi. Ratkaisu osoittaa, ettei EIT joko uskalla tai vaihtoehtoisesti halua painostaa sopijavaltiota vahvasti moraalisisessa kysymyksessä. Euroopan neuvoston ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen tarkoituksena on ihmisoikeuksien turvaaminen. Myöhemmin arvioitavaksi jää, onko tämän tapauksen ratkaisutavassa kysymys poikkeuksellisesta tilanteesta vai kertooko tapaus jotain enemmänkin EIT:n tulkinnasta ja roolin otosta.

3.2.2 Konsensus samaa sukupuolta olevien avioitumisoikeuksia koskevassa tapauksessa

Tapaus Schalk ja Kopf v. Itävalta koskee kahden samaa sukupuolta olevan henkilön oikeutta avioitua keskenään EIS:n 12. artiklan perusteella. EIT linjaa heti, että artikkelissa tarkoitetaan miestä ja naista, mutta ei kuitenkaan hylkää tapautta.¹⁴⁶ Ratkaisussaan EIT toteaa, että konsensusta homoseksuaalien avioitumisesta ei ole. Konsensuksen puuttuminen todetaan määrällisesti jäsenvaltioiden lainsäädännöstä: vain kuusi valtiota 47 jäsenvaltiosta on mahdollistanut homoseksuaalien avioliiton lainsäädännössään. EIT viittaa Goodwin -tapaukseen, ja toteaa että nykyinen tapaus on erotettava siitä. Tuomioistuimien katsoo, että kansalliset lainsäätäjät ovat parhaassa asemassa tekemään aiheesta päätöksen joka liittyy kansan tuntoihin, sillä jäsenvaltioiden lainsäädännöt vaihtelevat laidasta laitaan.¹⁴⁷ Tässä tapauksessa konsensuksen puuttuminen takaa jäsenvaltiolle laajan harkintamarginaalin, joka tyypillisesti todetaan yhdestä lähteestä. EIT toteaa myös, että avioliitolla on syvälle kulttuuriin pureutuvia sosiaalisia ja

¹⁴⁵ A. B. ja C. v Itävalta, joint partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni ja Poalelungi, kohta 5.

¹⁴⁶ Schalk ja Kopf v. Itävalta, kohta 56.

¹⁴⁷ Schalk ja Kopf v. Itävalta, kohdat 58, 62.

kulttuurisia merkityksiä, joten sen ei pidä kiirehtiä korvaamaan omaa tuomioitaan kansallisten auktoriteettien ratkaisun päälle.¹⁴⁸

Määrällistä konsensusta ei tapauksessa voida katsoa olevan ja kuten aiemmin todettiin, EIT arvioi laajaa harkintamarginaalia taatessaan konsensuksen puutetta tyypillisesti yhdestä lähteestä. Tapauksessa EIT ei juuri pyri käyttämään argumenttina laadullisen tai trendinomaisen konsensuksen olemassaoloa, jolloin konsensuksen vaikutus tapaukseen olisi voinut olla myönteisempi, sillä kehitys oli tukenut homoseksuaalien mahdollisuuksia, jos ei avioitua, niin ainakin rekisteröidä parisuhteensa muulla tavoin. EIT huomioi kuitenkin tapauksessa, että avioliiton käsite on jo itsessään elänyt ja että se tulee todennäköisesti muotoutumaan vielä jatkossakin ja että Eurooppalainen lainsäädäntö on muotoutumassa kohti homoseksuaalien avioitumisoikeuksien yleistymistä.¹⁴⁹

Tapauksessa vaikuttaa melko selkeältä, ettei EIT olisi voinut legitimiin todeta artiklan numero 12 ulottuvan myös samaa sukupuolta oleviin pareihin. Argumentoinnissa käytettiin tukena konsensustulkintadoktriinia, jonka merkitys tapauksen ratkaisulle jää ehkä hieman hämääväksi. Ilman konsensustulkintaa, pelkästä sopimustekstistä ei olisi mitenkään voitu johdatella oikeutta samaa sukupuolta oleville avioitua. Myöskään eurooppalaiset lainsäädännöt eivät ole vakiintuneesti taanneet samaa sukupuolta olevien oikeuksia avioitua, vaikka erilaisia rekisteröityjä parisuhteita löytyykin. Näin ollen samaa sukupuolta olevien oikeutta avioliittoon ei voida pitää sellaisena normina, joka olisi voitu lukea EIS:stä esimerkiksi elävä asiakirja –doktriinin avulla. Toisaalta EIT toteaa ratkaisussaan, että on mahdollista että 12. artikla tulee myöhemmin ulottumaan myös samaa sukupuolta oleviin pareihin, mikäli aiheesta saadaan Euroopassa konsensus. Tämä huomioidaan erityisesti tarkastelemalla ns. eurooppalaista kehittyvää konsensusta ja trendiä. Näin ollen konsensuksen pois jättäminen tapauksen ratkaisemisesta ei olisi muuttanut ratkaisun lopputulosta. Sen käyttäminen argumentteina sen sijaan mahdollistaa sen, että jatkossa konsensuksen perusteella voidaan vedota 12. artiklaan samaa sukupuolta olevien avioitumisen puolesta. Tässä tapauksessa konsensusargumentoinnin ei voida katsoa olevan ainakaan pelkästään legitimoitikeino, sillä ratkaisu olisi ollut jäsenvaltioiden näkökulmasta hyvinkin legitiimi jo ilman näitä argumentteja. Sen sijaan tuomioistuimien tuo argumentoinnilla näkyviin sellaista eurooppa-

¹⁴⁸ Schalk ja Kopf v. Itävalta, kohta 62.

¹⁴⁹ Schalk ja Kopf v. Itävalta, kohta 105.

laisissa arvoissa tapahtuvaa muutosta, joka tekee mahdolliseksi tulkinnan muuttamisen jatkossa.

3.2.3 Konsensus transsukupuolisten oikeuksia koskevissa tapauksissa

Tapauksessa Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia on kysymys sukupuoltaan vaihtaneiden transsukupuolisten kohtaamista oikeudellisista ongelmista Iso-Britanniassa. Asianomaiset vaativat valtiota tunnustamaan heidän uuden sukupuolensa ja kyseenalaistivat sen, ettei sukupuolen vaihtaneella ollut mahdollisuutta avioitua ennen edustamaansa sukupuolta olevan henkilön kanssa.¹⁵⁰ Tapauksessa EIT etsii konsensusta tiedeyhteisöjen suunnalta ja katsoo, ettei kehitystä tiedeyhteisöissä ole aiheen tiimoilta tapahtunut, eikä transsukupuolisuudesta ja psykologisesta sukupuolesta ole tiedeyhteisön piirissä konsensusta.¹⁵¹

EIT katsoo myös, että vaikka jonkinlaista kehitystä on kansainvälisesti ja jäsenvaltioiden lainsäädännöt ovat kehittyneet, ei voida katsoa, että olisi minkäänlaista yhteistä eurooppalaista lähestymistapaa, joka rajoittaisi valtion harkintamarginaalia siitä, miten henkilön oikeudellisen statuksen pitäisi kehittyä sukupuolenvaihdon jälkeen.¹⁵² EIT katsoo, ettei jäsenvaltion lainsäädäntö ole loukannut EIS:ää ja harkintamarginaali aiheen suhteen pysyy laajana.

Tapauksessa siis katsotaan, ettei konsensusta tai yhteistä lähestymistapaa ole. Tuomarit De Meyer, Valticos ja Morenilla toteavat vielä ratkaisua puoltavassa lausumassaan, ettei kehittyvistä trendeistä tai murroksessa olevista keskeneräisistä muutoksista pitäisikään tehdä päätelmiä harkintamarginaalista.¹⁵³ Päätöksen kanssa ainakin osittain eri linjoilla olleet tuomarit huomioivat ettei voitu sanoa, että tiedeyhteisö ei olisi tehnyt merkittäviä uusia tutkimustuloksia psykologisen seksuaalisuuden tiimoilta. Toisekseen jo aikaisemmin samoja kysymyksiä käsiteltäessä on todettu, että jäsenvaltioiden lainsäädäntö on alkanut muuttua vastaamaan paremmin transsukupuolisten oikeudellista asemaa koskeviin kysymyksiin. Iso-Britannian lainsäädäntö on kuitenkin

¹⁵⁰ Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia, kohta 42.

¹⁵¹ Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia, kohta 56.

¹⁵² Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia, kohta 57.

¹⁵³ Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia, Joint concurring opinion of Judges De Meyer, Valticos and Morenilla, kohta 3.

pysynyt muuttumattomana.¹⁵⁴ Konsensusargumentointi on tässä tapauksessa verrattain huolellista, ja tuomioistuin punnitsee selkeästi tarkoin konsensuksen olemassaoloa verrattuna moniin muihin tapauksiin, joissa konsensusargumentointi jää sivulausehuomion tasolle.¹⁵⁵ Kuitenkin, kuten päätöksen kanssa osittain eri linjoilla olleet tuomarit katsoivat, voi jopa määrällisen konsensuksen katsoa esiintyvän osissa transsukupuolisten oikeusasemaan liittyvistä kysymyksistä.¹⁵⁶ Tuomarit argumentoivat myös, ettei EIT:n tarvitse odottaa jokaisen jäsenvaltion muuttavan lainsäädäntöään, sillä elävä asiakirja –doktriinin mukaan sopimusta on tulkittava nykypäivän olosuhteiden mukaan.¹⁵⁷

Tapauksessa EIT arvioi sekä määrällisen konsensuksen, tiedeyhteisöjen konsensuksen että kehittyvän trendin tilannetta. Vaikka määrällistä konsensusta ei voida yksiselitteisesti katsoa olevan ja EIT argumentoi ettei myöskään tiedeyhteisöjen konsensusta ole, ei voida kiistää etteikö euroopassa olisi kehittymässä yhteistä lähestymistapaa. EIT ei ilmeisesti kuitenkaan tapauksessa koe jäsenvaltioiden olevan vielä valmiita toisenlaiseen ratkaisuun niin että sen voisi tehdä legitiimisti. Pelkän kehittyvän trendin perusteella voisi myös olla vaikeata tehdä toisenlaista ratkaisua.

Tapaus Christine Goodwin v. Iso-Britannia on jatkoa Sheffield & Horsham -tapauksen aloittamalle transsukupuolisten oikeuksia koskevalle tulkintajatkumolle. Tapauksessa asianomainen väitti, että hänen uuden sukupuolensa tunnustamattomuus julkishallinnon näkökulmasta, (esimerkiksi henkilön sosiaaliturvatunnusta ei vaihdettu sukupuolen vaihtamisen yhteydessä) oli aiheuttanut lukuisia noloja sattumuksia, ja vaikeuttanut hänen elämäänsä.¹⁵⁸

Tapauksessa EIT irrottautuu oikeuskäytännöstään ja toteaa, että jäsenvaltion lainsäädäntö on loukannut EIS:n suojeltavia oikeuksia. Nyt tuomioistuin huomioi myös ratkaisun perusteluissa, että jo Sheffield ja Horsham –tapauksessa jäsenvaltioissa oli

¹⁵⁴ Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia, Joint partly dissenting opinion of Judges Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk and voicu.

¹⁵⁵ Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia, Joint partly dissenting opinion of Judges Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk and voicu.

¹⁵⁶ Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia, Joint partly dissenting opinion of Judges Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk and voicu.

¹⁵⁷ Sheffield ja Horsham v. Iso-Britannia, Joint partly dissenting opinion of Judges Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk and voicu.

¹⁵⁸ Christine Goodwin v. Iso-Britannia, kohta 60.

muodostumassa konsensus aiheeseen liittyen.¹⁵⁹ EIT huomioi tapauksessa, että vaikka konsensusta ei välttämättä ole juuri jäsenvaltioiden lainsäädännössä, ei voida kiistää etteikö jäsenvaltioiden ja kansalaisten suhtautumisessa ole nähtävissä konsensus ja lähes kaikissa jäsenvaltioissa transsukupuolisuus tunnustetaan.¹⁶⁰ Tuomioistuin katsoo, että tiedeyhteisöillä on riittävä konsensus, sillä lähestulkoon kaikissa valtioissa, myös Iso-Britanniassa, transsukupuolisuus tunnustetaan. Oli myös huomioitava, että sukupuolenvaihdon oli mahdollistanut Goodwinille juurikin julkisen puolen terveydenhuolto. Käytännöllisesti katsoen transsukupuolisuus siis tunnustettiin jäsenvaltiossa jo.

Tiedeyhteisöjen konsensuksen lisäksi EIT tarkastelee sekä jäsenvaltioiden, että kansainvälistä konsensusta ja toteaa, että tapauksessa on nähtävä selkeä kehitystrendi joka tukee transsukupuolisten oikeuksia, ja että yhä useammissa jäsenvaltioissa transsukupuolisten oikeudet tunnustetaan jo. Konsensusargumentointi perustetaan siis laadullisiin tekijöihin, ja ihmisoikeuksien suotuisalle tulkinnalle. Tämä edustaa juurikin trendimäistä konsensusnäkemystä. Toisaalta EIT myöntää tapauksessa, että konsensusta ei varsinaisesti vielääkään löydy, mutta pitää sitä toisarvoisena ihmisoikeussopimuksen positiivisen tulkinnan rinnalla.

Konsensusargumentointia voi siis tapauksessa pitää ratkaisevana osana ratkaisua, sillä konsensuksen olemassaoloa punnitaan aidosti ja sekä tiedeyhteisöjen konsensukselle, että jäsenvaltioissa kehittyvälle trendille annetaan huomattavasti painoarvoa. On mahdollista kyseenalaistaa se, olisiko vastaava ratkaisu voitu saada aikaan jo edeltävässä tapauksessa, mutta syynä viivästyttämiseen voi olla jäsenvaltioiden kansalaisten näkemysten kypsyttäminen, jotta ratkaisut on helpompi hyväksyä.

3.2.4 Konsensus seksuaalivähemmistöjen adoptio-oikeuksia koskevan tulkintajatkumon tapauksissa

Seksuaalivähemmistöjen adoptio-oikeuksia koskevalle tulkintajatkumolle kuuluu neljä ratkaisua, joiden välillä konsensusargumentoinnin määrä ja laatu vaihtelevat paljon. Kaksi ensimmäistä tapausta koskevat perheen ulkopuolista adoptiota ja kaksi viimeistä

¹⁵⁹ Christine Goodwin v. Iso-Britannia, kohta 84.

¹⁶⁰ Christine Goodwin v. Iso-Britannia, kohta 85.

perheen sisäistä. Yhteistä kaikille tapauksille on, että jäsenvaltio on jollain tavalla rajannut seksuaalivähemmistöjen adoptiomahdollisuuksia.

Ensimmäisessä tapauksessa *Fretté v. Ranska* homoseksuaalin naimattoman miehen adoptiohakemus hylätään, vaikka naimattomilla henkilöillä on yleisesti oikeus adoptoida Ranskassa. EIT ratkaisee tapauksen niin, ettei Ranska ole tehnyt tapauksessa sopimusrikkomusta, vaan Ranskan toimet ovat harkintamarginaalin puitteissa sallittuja. Eurooppalaisen konsensuksen voidaan katsoa olevan kaikkein epävarmimmalla pohjalla homoseksuaalien adoptio-oikeuden suhteen tässä vaiheessa tulkintajatkumoa.

Tulkintajatkumon toisessa tapauksessa, *E.B. v. Ranska*, naisen kanssa parisuhteessa oleva nainen haluaa adoptoida lapsen yksin, mutta hänen hakemuksensa hylätään. Tapauksen lähtökohdat ovat lähes samanlaiset kuin *Fretén*, pois lukien se, että E.B. oli parisuhteessa. Tässä tapauksessa EIT katsoi, ettei Ranska ollut onnistunut täyttämään harkintamarginaalin edellyttämää todistustaakkaansa ja E.B:tä oli syrjitty seksuaalisen suuntautumisen perusteella. Ranskan argumentit ovat molemmissa tapauksissa samanlaisia.

Tapaus *Gas ja Dubois v. Ranska* koskee perheensisäistä adoptiota. Naispariskunnan toinen puoliso ei saanut adoptoida sisäisesti toisen lasta. Ranska ei uudista argumenttejaan tässäkin tapauksessa, mutta EIT tulkitsee, että avioliitto luo pariskunnalle niin erityisen statuksen, että sitä ei voi verrata esimerkiksi rekisteröityyn parisuhteeseen. EIT:n mukaan tapauksessa ei ollut kyse syrjinnästä.

X ym. v. *Ranska* –tapauksessa näkyy selkeästi, miten eurooppalaisen asenneilmaston kehittyminen vaikuttaa EIT:n tulkinnassa. Tapauksessa puolison hakemus toisen puolison lapsen sisäisestä adoptioimisesta hylätään. Tässä tapauksessa EIT kuitenkin katsoo, että Itävallan lainsäädäntö oli epälooginen ja syrjivä, joten Itävalta oli loukannut EIS:n suojaamia oikeuksia.

Frette v. Ranska

Tapauksessa *Frette v. Ranska* EIT vetoaa sekä tiedeyhteisöjen että jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen puuttuvaan konsensukseen. Tiedeyhteisöjen konsensuksen puutteen EIT toteaa painottamalla, ettei siitä, miten samaa sukupuolta olevien vanhempien

kanssa kasvamisen vaikuttaa lapseen, ole tehty kattavia tutkimuksia, ja että asiantuntijat ovat aiheesta voimakkaasti erimielisiä.¹⁶¹

Jäsenvaltioiden osalta EIT keskittyi jäsenvaltioiden lainsäädäntöihin, ja totesi että suurimmassa osassa jäsenvaltioita homoseksuaaleille ei ollut lainsäädännöllä varsinaisesti taattu oikeutta adoptoida. On huomioitava myös, että kysymys oli naimattomasta henkilöstä, ja koska monet jäsenvaltiot eivät mahdollista adoptointia heteroillekaan naimattomille, vertailukohdat olivat melkoisen kapeat. EIT saa tulokseksi, että konsensusta naimattomien heteroseksuaalien tai homoseksuaalien oikeudesta adoptoida ei vallitse millään tasolla, ja näin ollen harkintamarginaalia voidaan oikeutetusti pitää laajana, eikä sopimusvelvoitteita ole rikottu. Konsensuksen puuttumista käytetään siis tapauksessa oikeuttamaan jäsenvaltion mahdollisuus asettaa naimaton heteroseksuaali eri asemaan kuin homoseksuaali.¹⁶² EIT todennäköisesti käyttääkin konsensusdoktriinia tietoisesti juuri siksi.

Mikäli tapauksessa ei käytettäisi konsensustulkintaa, ratkaisu olisi joko pysynyt samana eri perusteluilla, tai ratkaisu olisi voinut olla jopa kokonaan eri. EIT nostaa tiedeyhteisöt ja jäsenvaltioiden välisen erimielisyyden varsin merkittävään osaan tapauksessa, eikä ilman konsensusargumentointia olisi todennäköisesti saatu aikaan samanlaista, tai ainakaan yhtä uskottavaa ratkaisua. Kysymys on kuitenkin selkeästä syrjinnästä seksuaalisen suuntautumisen perusteella ja EIT itsekin toteaa sen ratkaisussaan.¹⁶³ Konsensuksen puuttumisen kautta voidaan kuitenkin tapauksessa todeta, että jäsenvaltio tavoittelee poikkeavalla kohtelulla oikeutettua päämäärää ja poikkeavaa toimenpidettä katsotaan päämäärän tavoittamiseksi tarpeelliseksi.

Kiintoisaa on, että EIT:n tuomareista sekä ratkaisun puoltajat että vastustajat, hakivat konsensuksen omista lähteistään, ja molemmat perustelivat kantansa vakuuttavasti. Puoltajat vetosivat nimenomaan tiedeyhteisöjen ja jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen konsensusten puuttumiseen, ja vastustajat taas argumentoivat että kansainvälisistä sopimuksista ja pehmeästä sääntelystä, oli löydettävissä konsensus. On siis huomioitava, että sillä, minkälaisista lähteistä konsensusta lähdetään etsimään, on olennainen merkitys sille millainen lopputulos saadaan.

¹⁶¹ Frette v. Ranska, kohta 36.

¹⁶² Frette v. Ranska, kohta 41.

¹⁶³ Frette v. Ranska, kohta 42.

Tapaus kuitenkin osoittaa konsensuksen voiman: erityyppisellä konsensusargumentoinnilla päästään helposti samassa tapauksessa erilaisiin lopputuloksiin. Ilman konsensusargumentointia samanlaisen lopputuloksen saavuttaminen olisi voinut olla vaikeaa. Konsensusargumentointi tapauksessa tukee teoriaa konsensuksesta legitimointikeinona, mutta ei silti automaattisesti merkitse sitä, ettei konsensus olisi myös jotain muuta. Näin ollen EIT olisi halutessaan voinut perustella myös toisenlaisen ratkaisun konsensuksen tai jopa sopimustekstin pohjalta, sillä vaikuttaa tosiaan siltä että mikäli ratkaisu adoptio-oikeudesta on tehty pelkän seksuaalisen suuntautumisen perusteella, on kansallisen tuomioistuimen ratkaisu ollut syrjivä. EIT kuitenkin päätyy tulokseen, että syrjinnällä tavoitetaan oikeutettua päämäärää, kun sillä suojataan lapsen oikeuksia.

E.B. v. Ranska

Ratkaisussa E.B. v. Ranska EIT viittaa tulkintajatkumon aloittavaan Fretté -tapaukseen, mutta haluaa heti aluksi ottaa siihen pesäeron vetoamalla siihen, että monet yksityiskohdat tapauksissa eroavat toisistaan. E.B:llä esimerkiksi on puoliso.¹⁶⁴ EIT ottaa myös esille elävä asiakirja -doktriinin ja että tulkinta voi muuttua, mikäli voidaan katsoa, että näkemykset aiheesta ovat kehittyneet. Asianomaiset vetoavat tapauksessa konsensukseen monesta eri lähteestä: tiedeyhteisöihin, jäsenvaltioiden lainsäädäntöihin ja toisaalta myös yleiseen kehitykseen jäsenvaltioiden lainsäädännöissä.¹⁶⁵

Tuomioistuin jättää kuitenkin konsensusargumentoinnin käytännössä kokonaan pois ratkaisusta, se ei myöskään juuri arvioi valtion harkintamarginaalin laajuutta kyseisessä tapauksessa. Mielenkiintoista on, miksi näin. Tuomioistuin olisi saanut saman lopputuloksen myös konsensusargumentaatiolla, mikäli se olisi keskittynyt tiedeyhteisöjen kykenemättömyyteen todistaa, että samaa sukupuolta olevien vanhempien kanssa

¹⁶⁴ E. B. v. Ranska, kohta 71.

¹⁶⁵ E. B. v. Ranska, esimerkiksi kohta 61.

kasvaminen on lapselle haitallista¹⁶⁶ tai vaihtoehtoisesti keskittyä konsensuksen näkymiseen jäsenvaltioiden lainsäädännöissä kehittyvänä trendinä.¹⁶⁷

Tiedeyhteisöjen puuttuvan konsensuksen voi hyödyntää kahdella tavalla. Ensimmäinen vaihtoehto on, että lapsien kasvatuksessa ei voida ottaa riskejä, koska konsensus puuttuu. Toinen vaihtoehto on, ettei seksuaalista suuntautumista voida käyttää perusteena rajoittaa ihmisten oikeutta adoptoida, kun tiedeyhteisöjen konsensusta ei edes ole. Toisaalta konsensusargumentaatiota olisi voinut käyttää tässäkin tilanteessa legitimoimaan ratkaisu, jonka tuomioistuin teki. Se, ettei EIT käyttänyt konsensusargumentointia voikin viitata esimerkiksi suoraan siihen, että tuomioistuin kokee päätöksen riittävän legitimiiksi suoraan sopimustekstiin perustuvana.

Toisaalta voidaan myös ajatella, että EIT on katsonut ilmapiiriin kehittyneen homoseksuaalien adoptio-oikeuksien tiimoilta niin paljon myönteisempään suuntaan jäsenvaltioissa, että jäsenvaltiot ovat jollain tasolla jo valmiita näin suureen kehitysaskelleeseen. Tällöin tuomio olisi vakuuttava myös ilman konsensusargumentaatiota. Tällaisessa tapauksessa konsensuksen kehittyminen jäsenvaltioissa ikään kuin sisältyisi jo EIT:n päätökseen, vaikkei sitä olisikaan kirjoitettu auki tapauksen ratkaisuun. Tämä viittaisi siihen, että kun EIT ei koe tarvitsevansa konsensusargumentteja legitimoimaan päätöstään, se jättää ne pois.

Muutos Fretén ja E.B.n välillä on häikäisevän suuri. Lähtökohtaisesti hyvin samanlaiset tapaukset saavat täysin päinvastaisen ratkaisun, vaikka periaatteessa voisi kuvitella, että faktojen pohjalta E.B:ssä olisi ollut enemmän syytä hylätä kanne, koska E.B.n puolison asema adoptiotilanteessa oli epäselvä. Toisaalta, Ranska ei missään vaiheessa aktiivisesti edes yrittänyt selventää E.B.n puolison asemaa, ja jo se viesti E.B.n seksuaalisen suuntautumisen suuresta merkityksestä adoptiohakemuksen hylkäämisessä.

Gas ja Dubois v. Ranska

Tulkintajatkumon seuraavassa tapauksessa, Gas ja Dubois v. Ranska, EIT ottaa jälleen poikkeavan kannan suhteessa E.B. v. Ranska -tapauksessa tehtyyn kehitysaskelleeseen.

¹⁶⁶ Ks. X ym. v. Itävalta.

¹⁶⁷ Dzehtsiarou 2009, s. 2.

EIT tekee heti perusteluidensa alussa erotuksen tapaukseen E.B. korostamalla, ettei naimattomien henkilöiden adoptio-oikeutta voi verrata perheensisäiseen adoptioon.¹⁶⁸ EIT hakee tukea myös ratkaisustaan Schalk ja Kopf v. Itävalta, joka koskee samaa sukupuolta olevien parien avioitumisoikeutta.¹⁶⁹

Äänin 6-1 tehdyssä ratkaisussa EIT katsoo, ettei tapauksessa ole loukattu Euroopan ihmisoikeussopimusta.¹⁷⁰ Tuomiossa EIT ei argumentoi konsensuksella laisinkaan, vaan toteaa yleisesti, että jäsenvaltioilla on laaja harkintamarginaali, mitä tulee jäsenvaltion yleiseen taloudelliseen ja sosiaaliseen strategiaan.¹⁷¹ Tuomioistuin huomioi myös, että silloin kun jäsenvaltio päättää tarjota samaa sukupuolta oleville pariskunnille mahdollisuuden rekisteröidä parisuhteensa, se minkälainen oikeudellinen asema tälle instituutiolle luodaan, on pitkälti jäsenvaltion oman harkintamarginaalin piirissä.¹⁷² Näin ollen, rekisteröityä parisuhdetta ja avioliittoa ei voida perustellusti samastaa oikeusasemaltaan vastaavanlaisiksi instituutioiksi, jolloin samassa asemassa olevia ei ole kohdeltu eri tavoin.

Lausumassaan tuomari Costa toteaa, että tapauksen ratkaisu on perusteltu, sillä tapauksessa käsitellään sellaisia asioita, joista ei Euroopasta löydy konsensusta.¹⁷³ Tuomarit keskittävät huomionsa erityisesti jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen konsensukseen. Argumentti perustuu määrälliseen arvioon konsensuksen olemassaolosta, eli suurin osa jäsenvaltioista ei ole lainsäädännössään mahdollistanut perheensisäistä adoptioita samaa sukupuolta oleville pariskunnille.

Konsensuksen puuttuminen jäsenvaltioissa on suhteellisen selvää ja tuomioistuimen olisi Schalk ja Kopf –ratkaisun jälkeen ollut vaikeaa perustella edes konsensuksella harkintamarginaalin kaventamista. Kyseisessä ratkaisussa EIT toteaa niin selkeästi, että avioliitto luo pariskunnalle sellaisen erityisstatuksen jota ei voi rinnastaa naimattomiin tai rekisteröidyssä parisuhteessa (”civil partnership”) oleviin pariskuntiin. Konsensusargumentti on mahdollisesti jäänyt yksittäisten tuomareiden lausumiin siksi, ettei se ole ollut tarpeellinen uskottavan ratkaisun rakentamiseen. Toisaalta konsensusargumentointi ei ole ollut myöskään tarpeellinen tapauksen ratkaisemiseksi ylipää-

¹⁶⁸ Gas ja Dubois v. Ranska, kohta 61.

¹⁶⁹ Gas ja Dubois v. Ranska, kohta 60.

¹⁷⁰ Gas ja Dubois v. Ranska, kohta 73.

¹⁷¹ Gas ja Dubois v. Ranska, kohta 58.

¹⁷² Gas ja Dubois v. Ranska, kohta 66.

¹⁷³ Gas ja Dubois v. Ranska, Concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judge Berro-Lefèvre.

tään; tapauksen tosiseikaston vuoksi on kohtuullisen selvää, ettei samaa sukupuolta olevia ja toisaalta heterosuhteessa olevia pariskuntia ole perheen sisäiseen adoptioon liittyvissä kysymyksissä asetettu erilaiseen asemaan, sillä myöskään rekisteröidyssä parisuhteessa olevat heteropariskunnat eivät saa adoptoida sisäisesti. On kuitenkin huomioitava, että tosiasiallisesti lapset ovat eri asemassa lainsäädännöllisesti, mikäli heidän vanhempansa ovat samaa sukupuolta. Konsensusargumentoinnilla ei kuitenkaan olisi voitu saada aikaan toisenlaista ratkaisua legitiimisti ja uskottavasti. Ainut argumentti, jonka tuomioistuimien olisi kuitenkin voinut ratkaisussaan mainita, olisi ollut huomio Euroopassa kehittyvästä trendistä.

X ym. v. Itävalta

Tulkintajatkumon viimeisessä ratkaisussa, X ym. v. Itävalta, EIT ottaa jälleen käyttöön konsensusargumentoinnin. EIT viittaa tapaukseen Fretté, jossa tuomioistuimien oli huomioinut, että EN:n jäsenvaltioiden kesken oli hyvin vähän yhteistä näkemystä siitä, miten samaa sukupuolta olevien pariskuntien oikeuksista säädettiin lainsäädännössä, ja useissa jäsenvaltioissa laki näytti olevan murrosvaiheessa.¹⁷⁴ Kuten aiemmin todettiin, kyseisessä tapauksessa EIT katsoi että kansallisilla valvontaelimillä oli tarpeen olla laaja harkintamarginaali. Silloin myös tiedeyhteisön mielipiteen katsottiin olleen kyseisessä asiassa hajaantunut, kun punnittiin samaa sukupuolta olevien vanhempien ja lasten oikeuksien välillä.

Tapauksessa X ym. v. Itävalta, EIT arvioi mahdollista sopimusloukkausta kaksijakoisesti. Tuomiossa erotetaan samaa sukupuolta olevan pariskunnan syrjiminen suhteessa avioituneeseen heteropariskuntaan. Tältä osalta tuomioistuimien katsoo, ettei syrjintää ole tapahtunut, sillä avioliitto luo edelleen erityistilan kahden henkilön välille ja niissä tilanteissa joissa jäsenvaltio tarjoaa samaa sukupuolta oleville pariskunnille mahdollisuuden rekisteröidä parisuhteensa, sillä ei voida edellyttää olevan samanlaisia oikeusvaikutuksia kuin avioliitolla.¹⁷⁵ Suhteessa avioitumattomaan heteropariskuntaan tuomioistuimien sen sijaan katsoo syrjintää tapahtuneen. Tuomioistuimen tehtäväksi tulee selvittää, onko syrjinnällä perusteltu ja oikeutettu tavoite ja onko toimenpide sen saa-

¹⁷⁴ X ym. v. Itävalta, kohta 102.

¹⁷⁵ Ks. myös Schalk ja Kopf v. Itävalta, X ym. v. Itävalta.

vuttamiseksi oikein mitoitettu.¹⁷⁶ Tuomioistuimien toteaa tapauksessa, että kyseessä on sopimuksen vastainen syrjintä.

Tuomioistuimien huomioi Itävallan argumentin tiedeyhteisöjen puuttuvasta konsensusesta, jonka tarkoituksena oli osoittaa, ettei lapsia ole turvallista antaa adoptoitavaksi samaa sukupuolta olevalle pariskunnalle.¹⁷⁷ EIT on itse aikaisemmin käyttänyt samaa argumenttia esimerkiksi tapauksessa *Fretté v. Ranska*, jossa se ei todennut jäsenvaltion käytöksen olleen syrjivää, kun homoseksuaali naimaton henkilö ei saanut yksin adoptoida lasta. Tuomioistuimien kuitenkin katsoi, että Itävalta ei täytä todistustaakkaansa, eikä osoita mitään tiettyä tutkimusta, argumenttia tai muutakaan todistusaineistoa sille, miksi samaa sukupuolta oleva pari ei voisi missään olosuhteissa kasvattaa lasta.

178

EIT huomioi myös, että harkintamarginaalin laajuus riippuu monesta eri tekijästä. Lähtökohtaisesti kun poikkeava kohtelu tapahtuu seksuaalisuuden perusteella, jäsenvaltion harkintamarginaali on kapea.¹⁷⁹ Vaikka selkeä konsensus puuttuisi, kuten tässäkin tapauksessa, se ei automaattisesti takaa laajaa harkintamarginaalia. Kun erityisen tärkeä seikka henkilön olemassaolon tai identiteetin kannalta on kyseessä, harkintamarginaali on rajatumpi. Toisaalta, kun konsensusta ei ole, ja kyseessä ovat herkäät moraaliset ja eettiset kysymykset, harkintamarginaali on laajempi.¹⁸⁰ Tuomioistuimien arvioi sinänsä huolellisesti, että jäsenvaltio pyrkii oikeuttamaan syrjivän kohtelun suojelemalla sillä perinteistä perhekäsitystä ja lapsen oikeuksia, jotka sinänsä ovat molemmat suojeltavia periaatteita. Tarvittavia perusteluja sille, että syrjivä kohtelu olisi tarpeellista, ei kuitenkaan löytynyt.¹⁸¹

X ym. – tapauksessa konsensusta arvioitiin jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen osalta vain niistä jäsenvaltioista, jotka sallivat sisäisen adoption myös naimattomille pareille. Tällaisia valtioita on vain kymmenen, ja niistä kuusi kohtelee sekä hetero- että homo-pareja samalla tavalla.¹⁸² EIT katsoo, ettei näin pienestä otoksesta voida tehdä johtopäätöksiä konsensuskwestiosta. Konsensusta etsittiin tapauksessa siis tiedeyhteisöstä ja jä-

¹⁷⁶ X ym. v. Itävalta, kohta 132.

¹⁷⁷ X ym. v. Itävalta, kohta 141.

¹⁷⁸ X ym. v. Itävalta, kohta 142.

¹⁷⁹ X ym. v. Itävalta, kohta 99.

¹⁸⁰ X ym. v. Itävalta, kohta 140.

¹⁸¹ X ym. v. Itävalta, kohta 13.

¹⁸² X ym. v. Itävalta, kohta 149.

senvaltioiden lainsäädännöstä. Tiedeyhteisöjen tapauksessa kiinnitettiin huomio kattavien tutkimuksien puuttumiseen, ja jäsenvaltioiden lainsäädännöissä määrällisiin enemmistöihin ja vähemmistöihin.¹⁸³ Tuomioistuin ei siis löytänyt varsinaista konsensusta kummastakaan lähteestä. Toisaalta tässä tapauksessa tiedeyhteisöjen konsensuksen puutteelle annettiin uudenlainen painoarvo, ja katsottiin, ettei tiedeyhteisöjen konsensuksen puute voinut toimia homoseksuaalien poikkeavan kohtelun perusteena kun vakuuttavia tutkimustuloksia ei käytännössä ollut ollenkaan.¹⁸⁴

Tuomioistuin myös tietyssä määrin sivuuttaa jäsenvaltioiden konsensuksen puutteen, vaikka toisaalta olisi voinut antaa myös enemmän painoarvoa sille, mihin suuntaan jäsenvaltioiden lainsäädännöt olivat kehittymässä. Ratkaisu perustuu yllättävän suurelta osin myös yleisesti ottaen harkintamarginaalin laajuuden arvioinnille myös muuta kautta kuin konsensuksen avulla.

Jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen konsensuksessa huomioitiin kuuden jäsenvaltion enemmistö, mutta otos kuitenkin kumottiin liian kapeaksi.¹⁸⁵ Konsensusargumentti jäsenvaltioiden lainsäädännöistä on mahdollisesti otettu mukaan lähinnä siksi, että asianomaiset ovat argumentoineet sillä molempiin suuntiin. Vaikka konsensusargumentointi jäsenvaltioiden lainsäädäntöihin liittyen olisi jätetty pois, tapauksen ratkaisu tuskin olisi juurikaan muuttunut. EIT kuitenkin antaa tiedeyhteisöjen konsensukselle tässä tapauksessa suuren painoarvon samaa sukupuolta olevien parien eduksi, ja tiedeyhteisöjen konsensuksella on todennäköisesti ollut muutakin merkitystä kuin vain legitimoida päätöstä. Tapauksen ratkaisussa on kyse enemmän siitä, mitä kysymystä EIT päättää kyseisessä ratkaisussa tarkastella, kuin siitä, minkälaiset tulkintadoktriinit se valitsee käyttöönsä. Esimerkiksi tuomari Spielmann arvostelee tuomioistuimen ratkaisussa asettamaa kysymyksenasettelua ja pitää sitä irrelevanttina.¹⁸⁶

Tuomioistuimen päätös ei ollut yksimielinen, vaan äänestäessä tuomarien äänet jakautuivat 10-7.¹⁸⁷ Ainakin osin ratkaisusta eriävän mielipiteen jättäneet tuomarit katsoivat esimerkiksi, että tiedeyhteisöjen konsensus tapauksessa ei ole ratkaisun kannalta oleellinen argumentti, koska tiedeyhteisöjen konsensus ei varsinaisesti liity perheen sisäiseen adoptioon samalla tavalla, kuin perinteiseen adoptioon. Suurimmassa osassa si-

¹⁸³ X ym. v. Itävalta, kohta 102.

¹⁸⁴ X ym. v. Itävalta, kohta 151.

¹⁸⁵ X ym. v. Itävalta, kohta 149.

¹⁸⁶ X ym. v. Itävalta, kohta Concurring opinion of Judge Spielmann.

¹⁸⁷ X ym. v. Itävalta, kohta 161.

säisen adoption tapauksia lapset kasvavat tosiasiallisesti joka tapauksessa samaa sukupuolta olevien vanhempien kasvattamina. Tuomareiden vähemmistö ottaa myös kantaa kommenttiin jäsenvaltioiden lainsäädännöissä näkyvään murrosvaiheessa olevaan konsensukseen, ja kysyy jopa, pitäisikö tuomioistuimen puhua suoraan trendistä.¹⁸⁸

Poikkeavan lausuman jättäneet tuomarit kritisoivat myös ratkaisua siitä, ettei konsensuksesta voida tehdä johtopäätöksiä pienen otoksen perusteella. Lausuma huomioi, että konsensusta olisi voitu etsiä joko vain niiden valtioiden lainsäädännöistä, jotka ovat täsmälleen samalla linjalla Itävallan kanssa, kuten enemmistö teki. Toisaalta konsensusta olisi voitu etsiä myös laajemmin aihealueeseen liittyen jäsenvaltioiden lainsäädännöistä.¹⁸⁹ Kun huomioitiin vain lainsäädännöt, jotka olivat vastaavia Itävallan kanssa, tuomareiden vähemmistö piti kohtuuttomana enemmistön väitettä, ettei konsensuksen olemassaolosta voitu tehdä johtopäätöksiä. Konsensuksen puuttuminen näytti selkeältä, ja väite siitä, että johtopäätöksiä ei voinut tehdä, oli lähinnä keinotekoinen.¹⁹⁰

Tuomareiden ratkaisusta eriävän mielipiteen jättänyt ryhmä korostaa jälleen sitä, että olisi parempi puhua konsensuksen sijaan trendistä, koska konsensus ilmenee laajasti vain harvoin. Lausunnossa syytetäänkin enemmistöä konsensusargumentoinnin vääristelystä omiin tarkoitukseen sopivaksi.¹⁹¹ Kuten aiemmissakin tapauksissa, myös tässä mielenkiintoista on, miten tuomareiden enemmistö ja vähemmistö voivat ratkaisussa molemmat perustaa argumenttinsa konsensusperiaatteeseen, ja saada erilaiset johtopäätökset konsensuksen olemassaolosta. Tässä tapauksessa suuri merkitys on aiemmin todetusti kysymyksenasettelulla, joka ratkaisi sen, että tapauksessa oli mahdollista saada se ratkaisu joka siinä nyt saatiin. Ei voitane katsoa, että konsensus on ollut olennaisessa osassa tapauksen ratkaisun kannalta, sillä perusteluissaan tuomioistuin toteaa että viitekehys konsensuksen arviointiin on liian kapea. Näin ollen voidaan pohtia, onko tuomioistuin käyttänyt konsensusargumentteja tällä kertaa vain sulkeak-

¹⁸⁸ X ym. v. Itävalta, Joint partly dissenting opinion of Judges Casadevall, Ziemeles, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano and Sicilianos.

¹⁸⁹ X ym. v. Itävalta, Joint partly dissenting opinion of Judges Casadevall, Ziemeles, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano and Sicilianos., kohta 13.

¹⁹⁰ X ym. v. Itävalta, Joint partly dissenting opinion of Judges Casadevall, Ziemeles, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano and Sicilianos., kohta 14.

¹⁹¹ X ym. v. Itävalta, Joint partly dissenting opinion of Judges Casadevall, Ziemeles, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano and Sicilianos., kohta 15.

seen sen pois tapauksesta, sillä kantaja ja vastaaja käyttivät molemmat argumenteissaan runsaasti konsensusta.

3.2.5 Vertailu ja yhteenveto tapauksista

Tulkintajatkumon tapauksissa konsensusargumentoinnin painopiste on tiedeyhteisöjen konsensuksessa, joka jatkuu tulkintajatkumon läpi punaisena lankana. Tiedeyhteisöjen konsensus näkyy tulkintajatkumolla asiantuntijalähteiden eriävinä mielipiteinä, ja tämän merkityksen muuttumisena EIT:n tulkinnassa. Tulkintajatkumon aikana nähdään myös painopisteen muutos määrälliseltä konsensukselta laadullisen, trendinomaisen konsensuksen merkitykseen, kun X ym. –tapauksessa EIT antaa jo painoarvoa sille, että mielipiteet homoseksuaalien adoptio-oikeuksista Euroopassa ovat loiventumassa.

Tulkintajatkumon edetessä tiedeyhteisöjen mielipiteen painopiste ikään kuin muuttuu. Ensimmäisessä tapauksessa katsotaan, että koska sataprosenttista varmuutta siitä, että samaa sukupuolta olevat vanhemmat eivät vaikuttaisi lapsen kehitykseen negatiivisesti ei ole, ei adoptio-oikeutta voida samaa sukupuolta oleville pariskunnille myöntää. Tulkintajatkumon loppupäässä tapauksessa X ym. v. Itävalta, perusoletus vaikuttaa olevan, että samaa sukupuolta olevat vanhemmat eivät ole lapsen kannalta vahingollisia. Tässä vaiheessa yhdenvertaisuutta ei enää voida rajoittaa sillä perusteella, että tiedeyhteisöjen konsensus puuttuu. Myös todistustaakka on tulkintajatkumon viimeisessä tapauksessa vieritetty jäsenvaltiolle, jota kritisoidaan kyvyttömyydestä osoittaa tiedeyhteisöjen konsensuksen puutetta tai samaa sukupuolta olevien vanhempien kasvamisen haitallisuutta lapselle.

Oikeudellista ja määrällistä konsensusta hyödynnetään tapauksissa vertailemalla sekä muiden jäsenmaiden, että Euroopan ulkopuolisten maiden lainsäädäntöjä aiheesta. Laadullista konsensusta puolestaan edustaa EIT:n argumentointi esimerkiksi tapauksessa X ym. v. Itävalta, jossa se toteaa, että lainsäädäntöjen kehitys jäsenvaltioissa on ollut yhä myönteisempää samaa sukupuolta olevien parien adoptio-oikeuksien kannalta.

Huomionarvoista sekä tulkintajatkumon tapauksissa että sen ulkopuolisissa tapauksissa, on se miten asianomaiset, sekä jäsenvaltio että yksityishenkilöt, argumentoivat hyvin paljon konsensuksella. Tämä johtuu todennäköisesti myös aiemmin todetusta

konsensuksen määrittelyn puutteesta, joka antaa kaikille mahdollisuuden muovata konsensuksella argumentteja omiin tarkoituksiinsa, jopa EIT:n omien tuomareiden. Kuten tapauksissa huomattiin, eri mieltä olevat osapuolet pystyivät molemmat käyttämään konsensusargumentointia tukena.¹⁹² Asianomaiset ovat ilmeisesti lisäksi huomanneet konsensuksen vääntövoiman monissa EIT:n ratkaisuissa, joten konsensusargumentointia on hyvä käyttää. Tästä johtuen EIT:n on otettava kantaa konsensukseen ja kumottava tai tuettava argumentteja.

Kun verrataan tulkintajatkumoa yksittäistapauksiin huomataan että seksuaalivähemmistöjen tulkintajatkumolla EIT argumentoi konsensuksella verrattain vähän.¹⁹³ Toisaalta konsensusargumentointia myös analysoidaan tulkintajatkumolla muita tapauksia vähemmän, ja konsensuksen tosiasiallisen tilan selvittämistä ei tehdä samanlaisella huolellisuudella kuin muissa tapauksissa. Esimerkiksi transseksuaalien oikeuksia koskevalla tulkintajatkumolla konsensusargumentointia käydään huolellisemmin läpi. Samaa sukupuolta olevien pariskuntien adoptio-oikeuksia koskevalla tulkintajatkumolla konsensus näyttää monesti pelkältä sivuhuomiolta.

Tästä ei kuitenkaan automaattisesti voida päätellä, ettei konsensusargumentoinnilla olisi merkitystä myös homoseksuaalien adoptio-oikeuksia koskevalla tulkintajatkumolla: konsensusargumentoinnin määrä ei itsessään automaattisesti takaa lopputuloksen kannalta mitään, kuten huomataan tapauksessa A. B. ja C. v. Irlanti. A.B. C. – tapauksessa konsensuksesta puhuttiin paljon, mutta loppujen lopuksi sen merkitys ratkaisulle jäi käytännössä melko olemattomaksi.

Tiedeyhteisöjen konsensuksella vaikuttaisi olevan paljon painoarvoa kaikissa tapauksissa. Se tosin voi johtua myös kyseisten tapausten ongelmien aihealueista, mutta myös siitä, että tiedeyhteisöjen ajatuksia voidaan helposti pitää objektiivisella tavalla olennaisina. Tiedeyhteisöjen konsensusta myös etsittiin useimmista tapauksista.

Jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen konsensuksen kartoittaminen vaikuttaa olevan lähes standarditoimenpide. Jäsenvaltioiden lainsäädännöt käydään kaikissa tapauksissa läpi kun argumentoidaan konsensuksella. Lainsäädäntöjen välisen konsensuksen kohdalla

¹⁹² Ks. esimerkiksi X ym. v. Itävalta.

¹⁹³ Vrt. tapauksiin A.B. ja C. v. Irlanti, Christine Goodwin v. Iso-Britannia, Schalk ja Kopf v. Itävalta, Marckx v. Belgia.

ongelmallista on määrittää missä vaiheessa konsensuksen voi katsoa olevan, ja mitkä kaikki jäsenvaltiot sisällytetään vertailuun.

Kansalaismielipiteitä kartoitettiin lähinnä vain A. B. ja C. -tapauksessa. Seksuaalivähemmistöihin liittyvissä tapauksissa sitä ei huomioitu ollenkaan, vaikka kansanarvojen mittaamisen voisi kuvitella olevan olennaista esimerkiksi samaa sukupuolta olevien parien adoptio-oikeuksien kannalta. Syy tähän voi toisaalta olla se, ettei kansalaismielipiteistä välttämättä ole saatavilla luotettavaa tietoa tai tutkimusta.

X ym. -tapauksessa nähdään myös trendinomaisen konsensuksen käyttöä. Minkäänlaista oikeudellista konsensusta, joka näkyisi jäsenvaltioiden lainsäädännöissä, ei voida tapauksessa katsoa olevan. Se että yleinen kehitys jäsenvaltioissa on ollut samaa sukupuolta olevien parien adoptio-oikeutta kohtaan myönteistä, riitti osoittamaan, että Itävalta oli loukannut sopimusvelvoitteitaan. Kyseisessä tapauksessa käytettiin toisaalta suuressa roolissa myös elävä asiakirja –doktriinia ja kysymyksenasettelun merkitystä tapauksessa ei voida kiistää. EIT katsoi, että kun adoptio-oikeus selkeästi määriteltiin pariskuntien seksuaalisen suuntautumisen perusteella, ei harkintamarginaalin voitu katsoa riittävän. Toisekseen tässä tapauksessa katsotaan jälleen, kuten E.B v. Ranska –tapauksessa, että valtion todistustaakan täyttämiseen ei riitä pelkkä argumentti tiedeyhteisöjen konsensuksen puutteesta, sekä mahdollisesta haitallisuudesta lasten oikeuksien kannalta..

Tiivistettynä EIT siis pääasiassa etsii konsensusta samoista lähteistä kaikissa tapauksissa. Poikkeuksena toki A. B. ja C. v. Irlanti –tapaus, joka tosin on aihealueeltaankin poikkeava, ja jota voi muutenkin pitää konsensusargumentoinnin suhteen enemmänkin poikkeustapauksena. Tapauksissa konsensuksen suhteen vaihtelee se, minkälaista painoarvoa konsensukselle annetaan, ja myös se, milloin katsotaan, että konsensusta on tai ei ole. Kummatkin muuttujat vaikuttavat olennaisesti siihen, millaiseksi konsensusargumentoinnin merkitys ratkaisun lopputuloksen kannalta muodostuu. X ym. v. Itävalta tapauksessa huomataan myös, miten olennaista on se, millaisesta viiteryhmästä konsensusta etsitään. Tapauksessa tuomioistuimien teki suuria rajoituksia siihen, minkälaista lainsäädäntöä voitiin pitää tapauksessa verrannollisena ja relevanttina, jolloin tuomioistuin loppujen lopuksi päätyi tarkastelemaan 10 jäsenvaltion lainsäädäntöä.¹⁹⁴ Tuomioistuin

¹⁹⁴ X ym. v. Itävalta, Joint partly dissenting opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano and Sicilianos., kohta 14.

olisi voinut ottaa tarkasteltavakseen laajemman joukon jäsenvaltioita tai arvioida yleisesti jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen kehitystä, mutta se ei ryhtynyt siihen. Vertauskuvallisesti voidaan todeta että tulkintadoktriinit ovat työkaluja joita tuomarit käyttävät, mutta siihen millainen lopputulos tulee, vaikuttaa eniten se miten työkaluja käytetään.

3.3 Yhteenveto

Konsensusargumentoinnin rooli homoseksuaalien adoptio-oikeuksia käsittelevällä tulkintajatkumolla tuntuu painottavan konsensusargumentoinnin roolia legitimointikeinona. Lähes jokaisessa tapauksessa EIT perustelee ratkaisunsa myös konsensusargumentoinnin kautta. Vaikka konsensusargumentoinnin määrä on verrattain vähäistä, eikä yhdessäkään ratkaisussa konsensusargumentaatio äkkiseltään vaikuta olevan ratkaiseva tekijä, kulkee konsensusargumentointi kuitenkin koko tulkintajatkumon läpi eräänlaisena punaisena lankana.

Konsensusargumentoinnin rooliksi tapauksissa vaikuttaa jäävän toimiminen eräänlaisena vääntövoimana saattaa läpi tuomioistuimen haluama ratkaisu, ja toisaalta toimia ratkaisun legitimoivana tekijänä.¹⁹⁵ Sinällään konsensuksella kuitenkin on merkitystä, että esimerkiksi tapaukset *Fretté v. Ranska* ja *X ym. v. Itävalta* tuskin olisivat yhtä uskottavia ilman konsensusargumentteja: ne ovatkin tulkintajatkumon tapauksista ne, joilla konsensusargumentointia eniten käytettiin.

Tapauksessa *Fretté v. Ranska* EIT ei ilmeisesti ollut valmis ottamaan myönteisempää kantaa homoseksuaalien adoptio-oikeuksiin, tai koki, ettei se olisi mennyt jäsenvaltioille läpi. Näin ollen EIT tarvitsi tuekseen konsensusargumentointia, jolla se kykeni osoittamaan, että laaja harkintamarginaali oli oikeutettu, vaikka kysymyksessä selkeästi oli myös EIT:n mukaan syrjintä seksuaalisen suuntautumisen perusteella. Kyseisessä tapauksessa tuomioistuin kuitenkin katsoi vielä, että jäsenvaltio tavoitteli sillä hyväksyttävää päämäärää ja toimenpide oli tarpeen kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi.

¹⁹⁵ Ks. legitimiteetistä *Dzehtsiarou* 2011, s. 535.

si. Tässä vaiheessa tuomioistuin ei edellyttänyt jäsenvaltiota perustelemaan tiedeyhteisöjen hajaannusta aiheesta millään erityisellä tutkimuksella tai muulla aineistolla.¹⁹⁶

Voidaan myös päätellä, että tapauksessa E.B. v. Ranska, jossa EIT ottaa samaa sukupuolta olevien parien näkökulmasta edullisimman kannan, EIT on kokenut ratkaisunsa olevan uskottava myös ilman konsensusargumentointia. Konsensusargumentointia olisi nimittäin voitu käyttää legitimoimaan myös tätä ratkaisua. Toisaalta ratkaisun taustalla on mahdollisesti ollut Euroopan kehittynyt asenneilmaston muutos, jonka vuoksi EIT oli valmis katsomaan, että laajalle harkintamarginaalille ei voinut enää olla sijaa. Näin konsensus olisi välillisesti kuitenkin olennainen osa tapauksen ratkaisua, vaikkei sitä ääneen sanotakaan.

Selkeän konsensuksen puuttuminen koko tulkintajatkumon ajan antaa tuomioistuimelle liikkumavaraa käyttää konsensusta kuten se haluaa. Esimerkiksi tiedeyhteisöjen konsensuksen suhteen nähdään tulkintajatkumolla selkeä painotuspisteen muutos. Kun tapauksessa Fretté v. Ranska EIT vielä katsoo, että koska tiedeyhteisöjen konsensusta samaa sukupuolta olevista perheistä lastenkasvattajina ei ole, ei lasten oikeuksia voida riskeerata, joten homoseksuaaleilta on oikeutettua kieltää adoptio-oikeudet kokonaan. Ranskalta ei myöskään edellytetä perusteeksi minkäänlaista tutkimusta tai aineistoa.

Tulkintajatkumon loppupuolella, esimerkiksi tapauksessa X. ym. v. Itävalta katsotaan jo, että koska ei voida osoittaa samaa sukupuolta olevien vanhempien kasvatusvaikutusten olevan lapsille jollain tasolla haitallisia, ei homoseksuaalien oikeutta adoptoida voida rajoittaa vaikka asiantuntijat eivät vielääkään ole konsensusta saavuttaneet. Todistustaakka on siis tulkintajatkumon lopussa tosiasiallisestikin siirtynyt valtiolle. Tiedeyhteisöjen konsensuksella vaikuttaa olevan koko tulkintajatkumolla huomattava asema, kuten myös esimerkiksi tapauksessa A. B. ja C. v. Irlanti, jossa selkeästi näkyvä sekä määrällinen että laadullinen konsensus jäsenvaltioiden lainsäädännöissä voitiin syrjäyttää tiedeyhteisöjen konsensuksen puuttumisella. Molemmissa tapauksissa tiedeyhteisöjen konsensuksen puutetta pidettiin merkittävänä lasten oikeuksien turvaamisen kannalta.

Konsensuksen olemassaolon ja ulottuvuuden kriteerit vaihtelevat toisinaan hyvinkin paljon, kuten esimerkiksi X ym. v. Itävalta -tapauksessa, jossa katsottiin otoksen ole-

¹⁹⁶Ks myöhemmin esim. X ym. v. Itävalta.

van liian kapea, kun taas toisaalta A.B. ja C. –tapauksessa verrattain selkeä konsensus voitiin hylätä. Näin ollen konsensusta voitaneen tulkintadoktriinina pitää tietyllä tapaa lähtökohtaisesti välinearvoisena, sen tarkoitus on toimia määritteenä harkintamarginaalin säatelemisellä ja harkintamarginaalin taustalla taas olennaisena on kysymys siitä, että mikäli jäsenvaltio kohtelee tiettyä yksilöä tai ryhmää syrjivästi, tavoitellaanko sillä hyväksyttävää päämäärää ja onko toimenpide oikeasuhtainen ja välttämätön.

Loppujen lopuksi vaikuttaa siltä, että varsinkin seksuaalivähemmistöjen adoptio-oikeuksia käsittelevällä tulkintajatkumolla konsensuksen rooli jää lähinnä legitimoitikeinona toimimiseen. EIT tuntuu toisinaan mainitsevan konsensuksen lähes automaattisesti – kuten myös harkintamarginaaliopin – ja se ikään kuin lisätään valmiisiin ratkaisuihin tulkintajatkumolla. Väitettä tukee se, ettei tulkintajatkumolla konsensuksen olemassaoloa juurikaan analysoida verrattuna käsittelemiini yksittäistapauksiin. Toisekseen konsensuksella ylipäätään argumentoidaan tulkintajatkumolla hyvin vähän, ja vaikka tämä ei automaattisesti tarkoitaakaan sitä, ettei konsensuksella olisi ollut tapauksissa suurempaakin merkitystä, eivät konsensusargumentit varsinaisesti tunnu kiinnittyvän tapausten ratkaisuihin erityisen voimakkaasti. Tämä tukisi ajatusta siitä, ettei konsensusargumentointi varsinaisesti koskaan ole ollut ratkaisun ydinperusta.

Vaikuttaa siis selkeältä, että konsensus on tulkintajatkumolla legitimoitikeino, mutta onko sillä muutakin merkitystä? Konsensuksen legitimizeetti itsessään voidaan kyseenalaistaa, mutta se ei ole olennaista, sillä tarkoituksena on arvioida konsensusargumentoinnin vaikuttavuutta oikeustapausten, eikä niinkään jäsenvaltioiden näkökulmasta. Tulkintajatkumon ulkopuolisilla tapauksilla nähdään konsensusargumentointia, jossa konsensuksen olemassaoloa johdonmukaisesti punnitaan, ja pyritään selvittämään asiointilaa huolellisesti. Näissä tapauksissa konsensusargumentoinnilla vaikuttaa olevan myös muuta merkitystä lopputulokselle kuin legitimoitikeinona toimiminen. Konsensusargumentit eivät myöskään jää pelkiksi sivuhuomioiksi yhtä usein kuin tulkintajatkumolla, erityisesti tapauksissa E.B. v. Ranska ja Gas ja Dubois v. Ranska.

Konsensus vaikuttaa siis toimivan sekä legitimoitikeinona että myös ratkaisua tukevana tekijänä. Konsensusperiaatteella olisi enemmänkin potentiaalia toimia ratkaisun kannalta olennaisena tulkintadoktriinina mikäli määritettäisiin jonkinlaiset kriteerit sille, milloin konsensuksen voi katsoa olevan olemassa, ja mitä merkitystä konsensuksen olemassaololla ylipäätään on. Tällöin eri osapuolet ja tuomarit eivät voisi taivutella

la konsensusargumentteja omiin tarkoituserperiinsä sopiviksi, ja konsensusargumentointia voitaisiin hyödyntää oikeustapausten ratkaisuun ennalta arvattavammalla tavalla.

Konsensuksen kriteerien määrittelemine voi si myös tehdä siitä tehokkaamman työkalun ihmisoikeuksien edistämisen kannalta. Tällä hetkellä konsensus voi toimia myös ihmisoikeuksien kehittymisen hidasteena, kun trendinomaista konsensusta ei aina huomioida, tai kun ihmisoikeuksia ei kehitetä, koska jäsenvaltioissa vallitsee ihmisoikeuksien kannalta epäedullinen konsensus. Tähän liittyy myös kysymys siitä, onko tarpeen odottaa, että voidaan katsoa konsensuksen syntyneen, ennen kuin taataan ihmisille oikeudet, joiden heille uskotaan kuuluvan.¹⁹⁷

EIT on kuitenkin ylikansallinen tuomioistuin, joten sen legitimizeetti on toisinaan epävakaa pohjalla. EIT:n ylikansalliset tuomarit ovat esimerkiksi herättäneet huolta päättäessään jäsenvaltioita koskevista asioista: demokratian kannattajat ovat huolissaan, koska tuomareita ei valita vaalein, eivätkä he ole tekemisistään vastuussa kellekään. Myös moraalirelativistit suhtautuvat EIT:hen skeptisesti; mikäli objektiivista moraalial ei ole, toteuttaa EIT vain pienen ryhmän subjektiivista moraalikäsitystä.¹⁹⁸ Toisaalta konsensusargumentointiin liittyy myös moraalirelativistinen elementti mikäli huomioidaan, että se voi antaa jäsenvaltion myös joustaa velvoitteistaan konsensuksen puuttuessa.¹⁹⁹ Lisäksi jotkin jäsenvaltiot ovat katsoneet, että EIT pikemminkin luo oikeuskäytännöllään lakia, kuin pyrkii tulkitsemaan sitä, eikä tähän ole suhtauduttu suopeasti.²⁰⁰

Näin ollen hidasteet ylikansallisen tuomioistuimen toiminnassa voivat olla jopa tarpeellisia, jotta kaikki jäsenvaltiot pystyvät allekirjoittamaan edes jollain tasolla EIT:n ratkaisuissaan tekemät kannanotot. Toisin sanoen, ei ehkä ole EIT:n luonteelle tarkoituksenmukaista toimia ihmisoikeuksien kehitystä edistävänä voimana, ja näin ollen konsensuksen hidastamisvaikutus ei ehkä olekaan automaattisesti negatiivinen asia. Ihmisoikeuksien hitaan edistämisen tarkoitus on kyseenalaistettu huomioimalla, että vaikka jäsenvaltiot EIT:n toiminnan alkuaikoina olisivatkin ehkä irtisanoutuneet liian nopeista kehitysskaskelista, valtaosa sopimusvaltioista tuskin tekisi enää niin.²⁰¹

¹⁹⁷ Letsas 2004, s. 304.

¹⁹⁸ Letsas 2004, s. 280.

¹⁹⁹ Dembour 2007, s. 155, tarkemmin ihmisoikeuksien objektiivisuudesta Dembour 2010.

²⁰⁰ Jacobs, s. 77.

²⁰¹ Letsas 2004, s. 305.

Vasta-argumenttina on syytä huomioda, että esimerkiksi Brightonin julistuksen (Brighton declaration) sanoma tuntui olevan, että kansallisten tuomioistuimien asemaa täytyy parantaa, ja lisäksi harkintamarginaalioppi päätettiin lisätä EIS:n johdantoon.

²⁰² Jäsenvaltioista ei siis varsinaisesti kumpua kannatusta EIT:lle itsenäisenä tulkitsijana, ja toisaalta nykyisellään konsensusargumentointi tarjoaa jäsenvaltioille useammin laajaa marginaalia, kuin kaventunutta marginaalia.

Olipa siis konsensusargumentoinnin tulevaisuus minkälainen tahansa, sen merkittävyyttä ja oikeusvarmuutta lisäisi selkeiden kriteerien määrittäminen, joka estäisi myös liikakäytön mukanaan tuoman inflaation. Näin konsensuksen ei tarvitsisi niin usein jäädä pelkkään legitimointirooliin, vaan se olisi useammin myös aidosti ratkaiseva argumentti.

²⁰² Ruy 2011, s. 35.

4. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Euroopan ihmisoikeus-sopimuksen tulkitsijana

We should not lose sight of what that system is intended to do, that is to monitor compliance with the minimum standards necessary for a democratic society operating within the rule of law; nor should we forget the Convention's special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. It is no ordinary treaty. It is not an aspirational instrument. It sets out rights and freedoms that are binding on the Contracting Parties.

- High level Conference Brighton 18-20.4. 2012 Sir Nicolas Bratza, President Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

4.1 Valtasuhteet uskonnonvapautta koskevissa ratkaisuisa

Ristiriidassa ja skismassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja sopimusvaltioiden välillä on kysymys paljolti siitä, mikä nähdään olevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tarkoitus. Onko EIT:n tarkoitus alun perin ollut määrittää minimisuoja ja onko se oikeus ja velvollisuus edelleen EIT:llä vai hamuavatko jäsenvaltiot sitä itselleen. Tavallaan julistuksissa enenevässä määrin korostettu harkintamarginaalin antaminen valtioille ei de facto sulje pois sitä, että EIT määrittää suojan minimitason. Harkintamarginaalin mittaaminenhan on nimenomaan minimitason määrittämistä ja kuten EIT toteaa ratkaisussa *Lautsi v. Italia*, harkintamarginaali kulkee käsi kädessä eurooppalaisen valvonnan kanssa.

Uskonnollisia tunnusmerkkejä tai muuten uskonnonvapautta koskevissa tapauksissa on viime aikoina punnittu toden teolla demokraattisen lainsäätäjän ja ylikansallisen tuomioistuimen välistä vallanjakoa. Tapauksille erityisen ominaista suhteessa yleisesti EIT:n oikeuskäytäntöön on verrattain voimakas muiden jäsenvaltioiden kuin vastaajana olevan valtion kommentointi ja vaatimukset tapauksen ratkaisemiselta. Uskonnollisia tunnusmerkkejä käsittelevissä tapauksissa on kysymys myös yleisesti jäsenvaltioiden ja uskontojen välisestä suhteesta. Tapaukset ovat tiukasti sidoksissa siihen, miten uskonnon asema on jäsenvaltiossa järjestetty ja näin ollen ne ovat tiukasti jäsenvaltion suvereniteetin ytimessä.

Kaikkiin yllä mainittuihin kysymyksiin tuskin lienee mahdollista löytää yksiselitteistä vastausta ylipäätään saati sitten yhdessä pro gradu –tutkielman luvussa. Tämän luvun

tarkoituksena on kuitenkin arvioida ja analysoida EIT:n ja sopimusvaltioiden välistä toimivalta-asemaa sekä teorian että oikeustapausten kautta. Oikeustapauksissa on tarkoitus keskittyä erityisesti harkintamarginaalin ja konsensusargumenttien käyttöön tuomioistuimen ratkaisuihin, sillä aiemmin todetulla tavalla voitaneen katsoa, että kyseisten tulkintadoktriinien käyttö kertoo paljon siitä, miten EIT toisaalta asemoi itsensä ja toisaalta miten se käsittelee legitimitettiongelmaansa. Tapausten ratkaisuja ja niiden perusteluja, sekä mahdollisia yksittäisten tuomareiden kannanottoja tarkastellaan kuitenkin myös kokonaisuutena arvioiden.

Leyla Şahin v. Turkki 2005

Tapauksessa oli kyse opiskelijan oikeudesta käyttää huivia yliopistolla. Tapaus ratkaistiin ensin jaostossa niin, että huivin käytön rajoituksen voitiin katsoa olevan tarpeellinen ja tähtäävän oikeutettuun päämäärään demokraattisessa yhteiskunnassa.²⁰³ Kantaja ilmoitti suureen jaostoon tapausta viedessään, ettei hae kaikille naisille laillista oikeutta käyttää huivia kaikissa paikoissa.²⁰⁴ Jäsenvaltio perusteli huivin käyttämisen rajoittamista mm. sillä, että huivin käyttäminen voisi tuoda paineita yliopistomaailmassa niille, jotka eivät käytä huivia. Tuomioistuin katsoi, että demokraattisissa yhteiskunnissa, joissa useita uskontoja harjoitetaan yhtä aikaa, voi olla tarpeen rajoittaa tiettyjen yhteisöjen uskontojen ilmaisemista, jotta toisten ryhmien oikeutta uskontonsa tunnustamiseen ei loukata.²⁰⁵

The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed and that it requires the State to ensure mutual tolerance between opposing groups. Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other.²⁰⁶

Se, paljonko jäsenvaltio rajoittaa uskonnollisten tunnusmerkkien julkista käyttöä taataksseen kaikkien yhtäläiset oikeudet, kuuluu jäsenvaltion laajan harkintamarginaalin pii-

²⁰³ Leyla Şahin v. Turkki, kohta 71.

²⁰⁴ Leyla Şahin v. Turkki, kohta 73.

²⁰⁵ Leyla Şahin v. Turkki, kohta 107.

²⁰⁶ Leyla Şahin v. Turkki, kohta 107.

riin. Turkissa valtio ja uskonto ovat perinteisesti olleet sekularistisessa suhteessa.²⁰⁷ Tämä harkintamarginaali tapahtuu kuitenkin eurooppalaisen valvonnan puitteissa ja on näin ollen alisteista EIT:n tekemille linjauksille, kun EIT arvioi ovatko rajoitukset olleet asianmukaisia ja tarpeellisia oikeutetun päämäärän tavoittamiseksi.²⁰⁸ Rajoituksilla tavoitellaan yhteiskuntarauhaa ja kaikkien oikeuksien suojelemista.

EIT toteaa, koska ratkaistava kysymys koskee uskontojen ja valtion välistä suhdetta ja mielipide demokraattisen yhteiskunnan sisällä saattaa vaihdella laajasti, on erityistä painoarvoa annettava kansallisille päättävillä elimillä. Jaosto katsoo, ettei voida vetää johtopäätöksiä sopimusvaltioiden yhteisestä linjasta, sillä suhtautuminen uskonnollisten tunnusmerkkien käyttämiseen eri valtioissa ja erilaisissa julkisissa tiloissa vaihtelee suuresti maasta toiseen, joten valinnat siitä, millaisia rajoituksia ja millaisessa mittakaavassa tarvitaan, pitäisi jättää valtion päätettäväksi. Tuomioistuin on myös aikaisemmassa oikeuskäytännössään hyväksynyt valtioiden asettamia rajoituksia muslimihuivin käytölle, kun se on tehty tavoitteena suojella muiden vapautta, yleistä rauhaa ja järjestystä. EIT katsoi tässäkin tapauksessa, ettei yhdeksättä artiklaa²⁰⁹ tai ensimmäisen lisäpöytäkirjan toista artiklaa, ole loukattu.²¹⁰

Turkin valtio noudattaa valtiojärjestyksellään sekularistisia periaatteita, joiden tarkoituksena oli valtiossa taata tasa-arvo ja vapaus kaikille, sekä demokraattisen yhteiskunnan periaatteet yhteiskunnassa.²¹¹ Nämä arvot ovat kaikki harmoniassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen turvaamien ja tavoiteltavina pidettävien arvojen, kuten oikeusvaltio, kanssa.²¹² EIT tulee tulokseen, että rajoitukset ovat hyväksyttäviä demokraattisessa yhteiskunnassa. Tuomari Tulkens arvostelee tuomioistuimen saavuttamaa johtopäätöstä

²⁰⁷ Leyla Sahin v. Turkki, kohta 109.

²⁰⁸ Leyla Sahin v. Turkki, kohta 110.

²⁰⁹ Euroopan ihmisoikeussopimus 9. artikla ” 1. Jokaisella on oikeus ajatuksen-, omantunnon- ja uskonnonvapauteen. Tämä oikeus sisältää vapauden vaihtaa uskontoa tai uskoa ja vapauden tunnustaa uskontoaan tai uskoaan joko yksin tai yhdessä muiden kanssa julkisesti tai yksityisesti jumalanpalveluksissa, opettamalla, hartaudenharjoituksissa ja uskonnollisin menoin.

2. Henkilön vapaudelle tunnustaa uskontoaan tai uskoaan voidaan asettaa vain sellaisia rajoituksia, joista on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa yleisen turvallisuuden vuoksi, yleisen järjestyksen, terveyden tai moraalien suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.”

²¹⁰ Euroopan ihmisoikeussopimuksen ensimmäisen lisäpöytäkirjan 2. artikla ” Keneltäkään ei saa kieltää oikeutta koulutukseen. Hoitaessaan kasvatuksen ja opetuksen alalla omaksumiaan tehtäviä valtion tulee kunnioittaa vanhempien oikeutta varmistaa lapsilleen heidän omien uskonnollisten ja aatteellisten vakaumustensa mukainen kasvatus ja opetus.”

²¹¹ Leyla Sahin v. Turkki, kohta 113.

²¹² Leyla Sahin v. Turkki, kohta 114.

jättämässään eriävässä lausunnossa. Tulkens ei erityisesti hyväksy konsensuksen puuttumisella jäsenvaltioiden kesken argumentoimista, sillä mikään muu jäsenvaltio ei ole asettanut vastaavaa kieltoa. Toisekseen tuomari huomioi, että eurooppalainen valvonta näyttää tyystin puuttuvan tapauksesta, vaikka kysymys on tärkeä ja koskettaa kaikkia jäsenvaltioita.²¹³

Konsensusargumentointia käytetään tapauksessa mahdollistamaan laaja liikkumavara jäsenvaltiolle ja EIT katsoo ottavansa eurooppalaisen valvojan roolin. Kuten Tulkens huomauttaa, konsensuksen puuttuminen voidaan tapauksessa kyseenalaistaa, sillä samanlaista lainsäädäntöä kuin Turkissa, ei tapauksen aikaan ollut missään muussa jäsenvaltiossa. Toisekseen tapauksen ratkaisu mahdollistaa jatkossa samanlaisen sääntelyn muissa jäsenvaltioissa, mikäli EIT ei muuta tulkintakäytäntöään. Ratkaisussa näkyy todennäköisesti tuomioistuimen paine kunnioittaa kansallista ratkaisua, sillä jäsenvaltio itse näkee uskonnon ja valtion välisen suhteen jäsenvaltion harkintamarginaaliin vajoavana seikkana. Ylikansallisen tuomioistuimen on vaikea puuttua niin kiinteästi jäsenvaltion suvereniteettiin kuuluvaan asiaan. Tämä samainen suhtautuminen nähdään myös tulevaisuuden ratkaisuissa jotka käsittelevät samaa asiaa.

Lautsi v. Italia 2011

Jaosto ratkaisi tapauksen ensin ja totesi, että tapauksessa on loukattu ensimmäisen lisäpöytäkirjan toista artiklaa yhdessä sopimuksen 9 artiklan kanssa.²¹⁴ Jaosto katsoi, että vaikka krusifiksilla on useita merkityksiä, sen merkitys uskonnollisena tunnusmerkkinä on kiistämätön. Sen lisäksi jaosto katsoi, että näkyvät krusifiksit luokahuoneissa olivat ristiriidassa sekularismin opin kanssa ja saattoivat myös olla tunteellisesti häiritseviä oppilaille, jotka eivät tule kristillisistä lähtökohdista. Jaosto linjasi, ettei negatiivinen uskonnonvapaus ole rajoitettu vain uskonnollisen palveluksen ja uskonnollisen opetuksen poissaoloon vaan se koskee myös käytäntöjä ja symboleita. Jaoston mukaan valtiolla on velvollisuus pitää yllä tunnustuksellista neutraliteettia julkisessa koulutuksessa,

²¹³ Leyla Sahin v. Turkki, Dissenting opinion of Judge Tulkens, kohta 3.

²¹⁴ Lautsi v. Italia, kohta 30.

jossa opetukseen osallistuminen on pakollista uskontoon katsomatta.²¹⁵ Jaosto ei ratkaisussaan ainakaan näkyvästi huomionut konsensuksen puuttumista jäsenvaltioissa.

Tapauksessa kenties poikkeuksellisesti valtiot ottivat voimakkaasti kantaa Italian puolesta. Kansalaisjärjestöt kuten Eurojuris, International Commission of Jurists ja Human Rights Watch puolsivat Lautsin näkökulmaa. Euroopan parlamentin 35 jäsentä kollektiivisessa kannanotossaan huomioivat, että EIT ei ole perustuslaillinen tuomioistuin ja sen täytyy kunnioittaa subsidiariteettiperiaatetta ja tunnustaa erityisen laaja harkintamarginaali sopimusvaltioiden hyväksi, ei ainoastaan suhteessa valtioon ja uskontoon mutta myös siihen miten koulutus ja opetus järjestetään jäsenvaltiossa.²¹⁶

Italian hallituksen pyynnöstä tapausta käsiteltiin uudestaan suuressa jaostossa. Suuri jaosto arvioi käsittelyssään krusifiksien läsnäolon oikeellisuutta luokkahuoneissa EIS:n näkökulmasta vain valtion koulujen osalta, ei esimerkiksi yksityiskoulujen. Arviossa ei ole kyse myöskään sekularismin ja Italian lainsäädännön suhteesta.²¹⁷ EIT totesi, että krusifiksi on ennen kaikkea uskonnollinen, eikä esimerkiksi valtiollinen symboli. Kansallinen tuomioistuin tuli samaan lopputulokseen.²¹⁸ EIT katsoo, että päätös siitä, harjoittaako valtio perinteitä vai ei, kuuluu harkintamarginaalin piiriin. Viittaus perinteisiin ei kuitenkaan voi vapauttaa sopimusvaltiota sen velvoitteista noudattaa oikeuksia ja vapauksia, jotka on taattu sopimuksessa ja sen pöytäkirjoissa.²¹⁹ EIT tulee johtopäätökseen, että päätös siitä, pitäisikö krusifiksien olla läsnä valtionkoulujen luokkahuoneissa, on periaatteessa kysymys joka kuuluu valtion harkintamarginaalin piiriin. Tätä tukee tuomioistuimen mukaan fakta, ettei eurooppalaista konsensusta uskonnollisista symboleista luokkahuoneissa ole. Harkintamarginaali kulkee kuitenkin eurooppalaisen valvonnan alla, joten EIT:n tehtävä on arvioida, onko valtio ylittänyt marginaaliaan.

It follows from the foregoing that, in deciding to keep crucifixes in the classrooms of the State school attended by the first applicant's children, the authorities acted within the limits of the margin of appreciation left to the respondent State in the context of its obligation to respect, in the exercise of the functions it assumes in relation to education and teaching, the

²¹⁵ Lautsi v. Italia, kohta 31.

²¹⁶ Lautsi v. Italia, kohta 56.

²¹⁷ Lautsi v. Italia, kohta 58.

²¹⁸ Lautsi v. Italia, kohta 66.

²¹⁹ Lautsi v. Italia, kohta 68.

right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.²²⁰

Tapauksessa tuomioistuin päätyy voimakkaan kansallisen painostuksen seurauksena johtopäätökseen, jossa krusifiksit seinillä eivät loukkaa sopimuksen asettamaa neutraliteettivaatimusta. Näkemys on helposti kyseenalaistettavissa²²¹ ja vaikuttaa siltä, että harkintamarginaalia ja konsensustulkintadoktriinia käytetään samaan tapaan kuin yllä on tarkasteltu, oikeuttamaan haluttu ja kansallisvaltioiden vaatima lopputulos.

Tapauksessa Lautsi v. Italia suuri jaosto siis muutti aiempaa tuomiota. Asiaa käsiteltäessä oikeudenkäynnissä suuri merkitys oli myös professori Weilerin Italian puolesta pitämällä puheella. Weilerin mukaan tapauksessa on kysymys muustakin kuin krusifiksista; yksilön oikeuksien ja kollektiivisten oikeuksien suhteesta, sekä tuomioistuimien ja poliittisten demokraattisten instituutioiden suhteesta. Weilerin mukaan sekä kansallisvaltiot että EIT ovat yhtä mieltä siitä, että sopimus takaa yksilölle uskonnonvapauden ja vapauden uskonnosta, niin sanottu positiivinen ja negatiivinen uskonnonvapaus. Tämän näkökulman mukaan luokkahuoneiden olisi kehityttävä suvaitsevaisuuden ja pluralismin suuntaan.

Weiler katsoo uskonnon olevan asia, joka tulisi jättää yksityisiin tiloihin. Euroopassa on suuri hajonta jäsenvaltioiden välillä siinä, miten uskonto on esillä julkisissa tiloissa. Toisaalta monet valtiolliset symbolit ovat yhteydessä kristinuskoon historiallisista syistä, emmekä voi muuttaa historiaamme. Esimerkiksi risti on sekä kansallinen, että uskonnollinen symboli. Samoin useat laulut, josta seuraa se että opiskelijan voi antaa olla laulamatta, mutta ei voi pakottaa kaikkia olemaan laulamatta. Eurooppa hyväksyy ideologioina sekä valtion uskonnon että sekularismin. Esimerkiksi Iso-Britannia voi jonain päivänä päättää olevansa sekularistinen valtio, mutta sopimus ei voi tehdä tätä päätöstä sen puolesta. Sopimus ei voi pakottaa luopumaan kansallisista perinteistä vain siksi, että perinteet voivat olla myös uskonnollisia. Jos Lautsi saisi tahtonsa läpi, tuomioistuin pakottaisi valtiot olemaan sekularistisia. Se olisi Weilerin mukaan amerikkalaistumista, eli sama sääntö kaikille, eikä kunnioittaisi kansallisia historioita. Luotamme perustuslaillisiin demokraattisiin toimeleimiimme määrittämään julkiset

²²⁰ Lautsi v. Italia, kohta 76.

²²¹ Smet 2011, viitattu 17.8.2016.

tilamme ja kollektiiviset koulutussysteemimme. Päätöksen siitä, voiko uskonto olla osa myös julkista elämää, katsotaan Weilerin mukaan kuuluvan kansallisille toimielimille ja historiallisille valtiotaustoille. Weilerin kannanotto puolsi näin ollen voimakkaasti valtion harkintamarginaalia ja subsidiariteettiperiaatetta, ja keskittyi pitkälti sekularismin ja valtionuskonnon välisen asetelman vastakkainasetteluun.²²²

Vertailukohtana Weilerille, Stijn Smet esimerkiksi katsoo, että ratkaisullaan EIT sanoo, että valtiot ovat vapaita säätelemään uskonnollisten symbolien kysymyksiä niin kuin katsovat parhaaksi, emmekä me puutu siihen, sillä tämä ei kuulu ylikansallisen tuomioistuimen päätösvaltaan. Ainut rajoitus, jonka tuomioistuin asettaa, on, että kansallisten tuomioistuinten päätösten ei tule johtaa sopimusoikeuksien rikkomiseen. Smetin mukaan tuomio on outo, sillä tuomioistuimen asettaman rajoituksen mukaan tasa-arvo (equality) edellyttää, ettei valtio aseta mitään uskonnollista näkemystä edullisempaan asemaan kuin toista, vaikka Italia näyttää tekevän juuri niin pitäessään krusifiksit julkisen koulun seinillä. Vaikka tunnusmerkki itsessään on passiivinen, päätös pitää se siellä on aktiivinen.²²³

Tuomari Zucca²²⁴ arvosteli tuomioistuimen päätöstä ja piti sitä suurena tappiona kaikille muillekin kuin kantajille. Ratkaisun kommentaariosiossa tuomarit Rozakis ja Vajic korostavat jälleen erityisesti konsensuksen puutetta nimenomaan kristillisten symboleiden esillä pitämisessä julkisissa tiloissa ja aika spesifisti juuri luokahuoneissa.²²⁵ Tuomioistuin muutti jaoston tekemää päätöstä suuressa jaostossa. Tähän ratkaisuun mahdollisesti vaikuttaa erityisen paljon muiden jäsenvaltioiden mukaan astuminen tapauksen käsittelyssä. Ehkä jopa enemmän kuin uskonnollisista tunnusmerkeistä, tapauksessa on kysymys vallanjaosta kansallisen lainsäätäjän ja ylikansallisen tuomioistuimen välillä. Tuomio jättää jäsenvaltioille aika laajan harkintamarginaalin ja voidaan miettiä, mikä konsensuksen asema tapauksessa todellisuudessa on.

Jäsenvaltioiden voimakas jaoston tuomioin vastustaminen ja Weilerin puheenvuoro vaikuttavat olleen suuressa osassa tapauksen ratkaisussa. Weilerin argumenteissa on

²²² Weiler 2011, viitattu 17.8.

²²³ Smet 2011, viitattu 17.8.

²²⁴ Zucca 2011, viitattu 17.8.

²²⁵ Lautsi v. Italia, separate opinions.

paljolti samanlaista tematiikkaa, kuin siinä miten EIT lopulta ratkaisee tapauksen. Tuomioistuimen linja näyttää pysyvän samana kuin Leyla Sahin v. Turkki ratkaisussa, jossa sekularismin periaate nähdään valtion laajaan harkintamarginaaliin kuuluvana.

S. A. S. v. Ranska

Jaoston mukaan henkilökohtaiset valinnat, eli esimerkiksi se, miten yksilö valitsee pukeutua kuuluvat lähtökohtaisesti yksityiselämän suojan piiriin.²²⁶ Kun huomioidaan, että kysymys on uskonnon tunnustamisessa pukeutumisella, kuuluu asia myös sopimuksen yhdeksännen artiklan piiriin. Tapauksessa S. A. S. v Ranska EIT toteaa, että oikeutta tunnustaa uskontoaan pukeutumisella oli Ranskassa rajoitettu ja se oli tehty lailla.²²⁷ Tuomioistuin arvioi, onko oikeuden rajoittaminen tähdännyt oikeutettuun perusteeseen ja totesi, että perusteena rajoitukselle voidaan katsoa olevan artiklan rajoituslausekkeissa mainittu turvallisuus.²²⁸ EIT katsoo, kuten kahdessa edeltävässäkin tapauksessa, että demokraattinen valtio on neutraali toimija, joka osaa ottamatta järjestelee olosuhteita erilaisten uskontojen, uskomusten ja uskojen harjoittamiseen, ja sen rooli on pitää yllä yleistä järjestystä, uskonnollista harmoniaa ja suvaitsevaisuutta demokraattisessa yhteiskunnassa.²²⁹

EIT:n mukaan, koska kansallisilla toimielimillä on suora demokraattinen oikeutus ja ne ovat lähtökohtaisesti paremmassa asemassa arvioimaan paikallisia tarpeita ja tuntoja kuin ylikansallinen tuomioistuin, niiden asemalle pitäisi antaa erityistä painoarvoa tapauksissa, joissa mielipiteet demokraattisessa yhteiskunnassa voivat vaihdella kansan sisällä suuresti. Valtiolle pitäisi siis lähtökohtaisesti antaa laaja harkintamarginaali siitä, kuinka suuri rajoittaminen yksilön oikeuteen ilmaista uskontoaan ja uskomuksiaan on tarpeellista.²³⁰ EIT voi kuitenkin rajoittaa marginaalia esimerkiksi jäsenvaltiosta lähtöisin olevan konsensuksen perusteella.

Jaosto katsoi, että Ranskalla oli asiassa laaja harkintamarginaali. Tätä jaosto perusteli sillä, että kyseessä oli, jossa mielipiteet kansan sisällä voivat vaihdella suuresti. Tällöin

²²⁶ S. A. S. v. Ranska, kohta 103.

²²⁷ S. A. S. v. Ranska, kohta 112.

²²⁸ S. A. S. v. Ranska, kohta 117.

²²⁹ S. A. S. v. Ranska, kohta 127.

²³⁰ S. A. S. v. Ranska, kohta 129.

demokraattisen yhteiskunnan poliittisen lainsäätäjän kannanotolle on tapana antaa erityinen merkitys.²³¹ Toisekseen EIT katsoi että kysymyksessä on erityisen vähän yhteistä alaa ("common ground") sopimusvaltioiden välillä ja että kolmansien osapuolien kannanotoista huolimatta ei voida katsoa eurooppalaista konsensusta löytyvän asiasta. Vaikkakin EIT huomioi, että Ranska on Euroopassa selkeässä vähemmistössä tiukan normatiivisen lähestymistapansa kanssa toisena poikkeuksena lähinnä Belgia.²³² Jaosto antaa ratkaisussaan painoarvoa sille, että vaikka muut sopimusvaltiot eivät olekaan lailla kieltäneet kasvoja peittävien huntujen käyttöä, on asiasta kuitenkin keskusteltu useissa sopimusvaltioissa.²³³ Näin ollen suuri jaosto päätyi toteamaan, ettei sopimusta ole loukattu.

Tuomarit Nussberger ja Jäderblom esittivät osin eriävän mielipiteensä, ja kritisoivat erityisesti sitä, ettei lain voitu katsoa tavoittelevan oikeutettua päämäärää, ja että noin syvälle menevän yksilön kulttuuria ja uskonnollista identiteettiä koskevan rajoituksen ei voida katsoa olevan tarpeellinen demokraattisessa yhteiskunnassa. Näin ollen he ovat sitä mieltä, että sopimusrikkomus on tapahtunut.²³⁴ Kannanotossaan tuomarit tuovat esille myös sen, että vaikka jäsenvaltiolle on annettava laaja harkintamarginaali erityisesti tapauksissa, joissa asiaa koskevat kansan mielipiteet vaihtelevat suuresti, ei tässä tapauksessa ole heidän arvionsa mukaan kyse sellaisesta tilanteesta. Yhtenä seikkana harkintamarginaalin laajuutta vastaan puhuu se, että Eurooppalaisen konsensuksen puuttuminen näyttää tapauksessa hivenen kyseenalaiselta.

Tuomareiden mukaan kolme tekijää ovat olennaisia Eurooppalaisen konsensuksen löytämisessä; kansainväliset sopimukset, oikeusvertailu ja kansainvälinen pehmeä lainsäädäntö. Tosiasia on, että 45/47 jäsenvaltiosta, eli ylivoimainen enemmistö, ei ole katsonut tarpeelliseksi säätää vastaavaa lakia kuin Ranska. Tämä viestii erittäin vahvasti eurooppalaisesta konsensuksesta, ja nimenomaan kasvojen peittämisen kieltoa vastaan.²³⁵ Argumentit kansainvälisestä ja oikeusvertailevasta materiaalista puoltavat tarkempaa valvontaa ja suppeampaa harkintamarginaalia. EIT:n lopullisessa ratkaisussa lainsäädännön konsensuksen puuttumiseen vedottiin myös toteamalla, että vaikkei jäsenvalti-

²³¹ S. A. S. v. Ranska, kohta 155.

²³² S. A. S. v. Ranska, kohta 156.

²³³ S. A. S. v. Ranska, kohta 155.

²³⁴ S. A. S. v. Ranska, Joint partly dissenting opinion of Judges Nussberger and Jäderblom.

²³⁵ S. A. S. v. Ranska, kohta Dissenting opinions of Judges Nussberger and Jäderblom.

oissa kahta lukuun ottamatta ole säädetty lainsäädäntöä, joka kieltäisi kasvojen peittämisen, on aiheesta kuitenkin keskusteltu.

Jäsenvaltioissa käytävään keskusteluun vetoaminen on samankaltaista trendinomaisen konsensuksen etsimistä ja kehityssuunnan hakemista, kuin mitä EIT hyödynsi esimerkiksi sukupuolivähemmistöjen adoptio-oikeuksia koskevalla tulkintajatkumolla. Tosin, kun adoptio-oikeuksia koskevissa tapauksissa oli vastakkain kahden yksilön oikeuksien välillä punninta, adoptoivan aikuisen oikeudet ja toisaalta lapsen oikeudet, ei uskonnollisten tunnusmerkkien tapauksessa ole kyse kuin rajoituslausekkeen perusteella tehtävästä oikeuden rajoittamisesta. Tällöin vaikuttaa kyseenalaiselta, mikäli yksilön oikeuksia rajoitetaan voimakkaasti perustellen sitä jäsenvaltioissa käytävällä keskustelulla ja trendinomaisella konsensuksella, kun keskustelu on jäsenvaltioissa selkeästi menossa ihmisoikeuksien laaja-alaisen turvaamisen kannalta johonkin muuhun kuin myönteiseen suuntaan. Adoptiotulkintajatkumolla trendinomaiseen kehitykseen turvaaminen oli perusteltua, koska kehitys oli menossa yksilön ja yhteiskunnan kannalta kiistattoman positiiviseen suuntaan.

Jaoston ratkaisussa EIT muistuttaa, että konsensuksen perusteella harkintamarginaalia voidaan rajoittaa. Vastaava laki oli säädetty vain Belgiassa ja vastaavanlaisista lähtökohdista on aikaisemminkin katsottu, että Euroopassa on kysymyksessä konsensus. Kuitenkin EIT jotenkin päätyy tässä ratkaisussa lopputulokseen, ettei konsensusta olisi. Tapaus S. A. S. on ratkaistu muutama vuosi Lautsi -ratkaisun jälkeen, mutta kehityssuunta näyttää pysyvän koko ajan samana.

Näin ollen voidaan katsoa, että ainakin uskonnollisia tunnusmerkkejä koskevissa tapauksissa EIT on taipuvainen jättämään harkintamarginaalin erityisen laajaksi. Tämä voi johtua osin siitä, että uskonnon rooli yhteiskunnassa menee syvälle valtion rakenteisiin ja suvereenin jäsenvaltion voi olla vaikea hyväksyä kannanottoja jotka ovat sidoksissa valtion järjestäytymiseen suhteessa uskontoon. Toisin kuin seksuaalivähemmistöjen adoptio-oikeuksia koskevalla tulkintajatkumolla, EIT ei näissä tapauksissa puhu samassa mittakaavassa eurooppalaisen trendin kehittymisestä, jonka merkitys oli suurempi adoptiotapauksissa. Tiettyä eroavaisuutta tuo myös se, että adoptiotapauksissa ja esimerkiksi aborttitapauksissa voidaan puhua myös tiedeyhteisöjen konsensuksesta ja mielipiteistä, joka ei ole samalla tavalla relevanttia uskontoja koskevissa tapauksissa.

4.2 Yhteenveto

Tapauksissa EIT tuntuu johdonmukaisesti korostavan harkintamarginaaliopin merkitystä ja omaa asemaansa nimenomaan sen arvioijana, ylitetäänkö harkintamarginaalin rajat. Näin ollen EIT tietyllä tapaa pitää edelleen itseään minimisuojan määrittäjänä, mutta siirtymää kohti ns. pelkkää tarkkailevaa valvojaa voidaan kenties havaita. Ero uskonnollisten tunnusmerkkien tulkintajatkumon ja seksuaalivähemmistöjen adoptio-oikeuksia käsittelevän tulkintajatkumon kehityksessä oli merkittävä. Kun jälkimmäisellä konsensusta käytettiin lähinnä legitimoimaan harkintamarginaalin rajoittamista pikkuhiljaa, edellisellä harkintamarginaalin laajuutta on sen sijaan koko ajan kasvatettu.

Taustalla lienevät jäsenvaltioiden asenteet, sillä uskonnollisten tunnusmerkkien tapauksissa jäsenvaltiot ovat ottaneet toistensa puolesta kantaa huomattavasti näkyvämmiin kuin muissa tapauksissa ja EIT:n on tärkeää säilyttää legitimitteettinsä. Tapausten ajallinen hajonta ei myöskään ole niin suurta, että voisi katsoa EIT:n tulkinnan vain kehittyneen siihen suuntaan jota se on uskonnollisten tunnusmerkkien tapauksissa, vaikka siinä ratkaisuihin uusin onkin Leyla Sahin v. Turkki. Toki myös seksuaalisten vähemmistöjen oikeuksia koskevissa tapauksissa on taustalla jäsenvaltioissa kehittyvä asenneilmasto, jolla argumentoidaankin halki tulkintajatkumon. Asenneilmasto on kuitenkin ehkä tietyssä määrin kehittynyt jäsenvaltioissa seksuaalivähemmistöjen osalta myönteisempään ja yleisesti hyväksyvämpään suuntaan, kuin uskonnonvapautteen liittyvien kysymysten suhteen.

Jäsenvaltioiden voimakas puuttuminen ja kannanottaminen tapauksissa ovat hyvä esimerkki aiemmin tarkastellusta Pellonpään kuvailemasta valvonnasta, jota jäsenvaltiot kohdistavat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen. Myös Pellonpää nostaa Lautsi v. Italia –tapauksen erinomaiseksi esimerkiksi siitä, miten oikeusvertailu ja kansallisen lainsäädännön huomioiminen nostetaan osaksi tuomioistuimen tulkintaa. Jaoston ratkaisussa oikeusvertailevia näkökohtia ei huomioitu, kun taas suuren jaoston ratkaisussa ne huomioitiin. Taustalla tapauksen etenemisessä suureen jaostoon oli nimenomaan Italian hallituksen pyyntö.²³⁶ Jäsenvaltioiden ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen välistä vuoropuhelua tarkastellaan tarkemmin vielä johtopäätöksissä.

²³⁶ Pellonpää 2012, s. 70.

5. Johtopäätökset

Tulkintajatkumoa tarkastellessa erityisesti seksuaalivähemmistöjen tulkintajatkumoa katsoessa huomaamme, ettei EIT käytä konsensusargumentteja kovinkaan johdonmukaisesti. Tapauksessa *Fretté v. Ranska* EIT hyödyntää konsensusargumentointia, tapauksissa *Gas and Dubois v. Ranska* ja *E.B. v. Ranska* konsensusargumentteja ei sen sijaan käytetä käytännössä ollenkaan. Tulkintajatkumon toistaiseksi päättävässä tapauksessa *X ym. v. Itävalta* EIT käyttää jälleen konsensusargumentointia ja erityisesti perustelee ratkaisunsa jäsenvaltioissa ja kansainvälisesti kehittyvällä trendillä.²³⁷ Yleisesti ottaen aiemmin kuvatulla tavalla konsensusargumenttien määrä ja laatu vaihtelee suuresti.

Yhteenvetona tarkastelluista tapauksista voidaan todeta että mikäli konsensuksen etsiminen ei tulkintakäytännössä ole johdonmukaista, niin ei ole konsensuksen olemassaolon toteaminenkaan. Tähän vaikuttanee toki se, että konsensuksen määritelmä on luotu lähinnä EIT:n omassa oikeuskäytännössä.²³⁸ Esimerkiksi tapauksessa *S. A. S v. Ranska* määrällinen konsensus jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen suhteen on kiistattomasti olemassa.²³⁹ ”Laadullisen” eli trendinomaisen konsensuksen suhteen konsensuksen olemassaolon toteaminen on toisaalta vielä kiistanalaisempaa, sillä esimerkiksi tapauksessa *A. B. and C v. Irlanti* kantajat argumentoivat, ettei Irlannin lainsäädännön tosiasiallinen toteutuminen abortin suhteen kuvaa kansan asenneilmastoa asian suhteen.

Konsensuksen merkitys vaihtelee tapauksissa suuresti. EIT:n voidaan katsoa joko paikkailevan sillä puutteellista legitimitettiään tai mahdollistavan sillä tai sen puutteella omia ratkaisujaan kansallisvaltioiden tahdon toteuttamiseksi. EIT ei totea konsensuksen olemassaoloa johdonmukaisesti, ja esimerkiksi tapauksessa *S. A. S. v. Ranska* se ei katsonut konsensusta vallitsevan jäsenvaltioissa, vaikka reilusti valtaosa jäsenvaltioista oli pidättäytynyt rajoittamasta uskonnollista pukeutumista vastaavalla tavalla. Vastaa-
van ratkaisun verrattain selkeän määrällisen konsensuksen ollessa olemassa EIT on tehnyt esimerkiksi ratkaisussa *A. B. ja C v. Irlanti*. Kyseisessä tapauksessa linjaa kuitenkin perusteltiin mm. tiedeyhteisöjen konsensuksen puutteella ja aiemmin todetulla tavalla halutessaan osoittaa konsensuksen puutteen EIT tyytyväisyyttä tekemään sen yhdestä

²³⁷ Ks. Tapaukset *Fretté v. Ranska*, *Gas ja Dubois v. Ranska*, *E.B. v. Ranska* ja *X ym. v. Itävalta*.

²³⁸ Dzehtsiarou 2009, s. 1.

²³⁹ Ks. Esimerkiksi tapaus *S. A. S. v. Ranska*.

lähteestä, kun taas nojatessaan konsensukseen tapauksen ratkaisevana tekijänä EIT pyrkii osoittamaan konsensuksen olemassaolon useammasta lähteestä. Toisaalta esimerkiksi tapauksessa X. ym. v. Itävalta EIT totesi konsensuksen olevan jäsenvaltioissa ja kansainvälisesti kehittyvän trendin vuoksi, eikä pyrkinyt osoittamaan konsensusta muista lähteistä. Kyseisessä tapauksessa esimerkiksi määrällistä konsensusta ei voitu katsoa olevan löydettävissä jäsenvaltioiden lainsäädännöistä.²⁴⁰

Sinänsä ratkaisussa A. B. ja C. v. Irlanti voidaan EIT:n ratkaisun asiassa katsoa olevan varsin perusteltu, sillä kysymys ei ole puhtaasti arvopohjaisesti ratkaisusta vaan erittäin olennaisesti myös lääketieteellisestä kysymyksestä. Kun uskonnollinen pukeutuminen on puhtaasti arvokysymys, on hankala nähdä, miksi EIT ei löytänyt tapauksessa konsensusta, mikäli taustalla ei ole muita vaikuttavia tekijöitä. Luonnollisesti on huomioitava, ettei konsensusta koskaan voi tarkastella kontekstista irrallisena. Tapauksen ratkaisuun vaikuttaa erityisen olennaisesti ensinnäkin se, millainen kysymyksenasettelu tapauksessa otetaan. Toisekseen on huomioitava, ettei konsensus ole tulkintadoktriinina myöskään irrallinen muista doktriineista vaan se on yhteydessä erityisesti harkintamarginaalioppiin ja sitä kautta myös EIS:n rajoituslausekkeisiin.

Käsitystä konsensuksesta tulkintadoktriinina on myös toisinaan pidetty liian kapeana: Kanstantsin Dzehtsiarou toteaa analyysissään että konsensus on yhteydessä usean muunkin tulkintadoktriinin kanssa ja sitä voidaan käyttää myös esimerkiksi tasapainottamaan evolutiivisdynaamista tulkintaa ja harkintamarginaalioppia.²⁴¹ Tämä kuulostaa loogiselta sen perusteelta mitä tämän tutkimuksen oikeustapausanalyysistä voi päätellä. Evolutiivisdynaamista tulkintaa voidaan tietyllä tapaa pitää tulkintadoktriinina, jonka avulla EIT tekee kannanottoja ja ratkaisuja jotka tietyllä tapaa edistävät sopimuksen takaamia oikeuksia, samoin kuin elävä asiakirja –doktriini. Harkintamarginaalioppi taas on perinteisesti tulkintadoktriini, jonka avulla jäsenvaltiolle taataan liikkumavara oikeuksien suojelemisen puitteissa. Konsensus olisi näin ollen luonteva tapa löytää keskitie näiden kahden tulkintadoktriinin väliltä, nimenomaan niin, että EIT luo ratkaisun jonka jäsenvaltiot pystyvät vielä hyväksymään, mutta joka on myös tilanteeseen nähden ihmisoikeuksien kannalta paras mahdollinen ratkaisu.

²⁴⁰ Ks. Esimerkiksi tapaus A. B. ja C. v. Irlanti.

²⁴¹ Kanstantsin 2009, s3.

Uskonnollisia tunnusmerkkejä koskevissa tapauksissa nähdään voimakasta kansallisvaltioiden väliintuloa. Ongelmallista EIT:lle ylikansallisena tuomioistuimena on nimenomaan se, että jos se jäsenvaltioiden silmissä menettää legitimitettinsä, se ei käytännössä voi pakottaa jäsenvaltioita noudattamaan tuomioitaan. Koska EIT:n keinot patistella jäsenvaltioita liittyvät nimenomaan niiden nolaamiseen, vertaisarviointiin ja erottamisella uhkailuun, tuomioistuimen todellinen legitimitetti tulee muualta, jäsenvaltioiden sille luovuttamasta toimivallasta. Mikäli tuomioistuimen ratkaisut ovat suuremmassa linjassa sellaisia, etteivät jäsenvaltiot niitä hyväksy, menettää tuomioistuin näin ollen legitimitettiään ja jotkut jäsenvaltiot saattaisivat jopa vapaaehtoisesti erota. Uskonnollisten tunnusmerkkien tulkintajatkumolla jäsenvaltioiden intressit ovat olleet varsin vahvasti mukana ja se on todennäköisesti vaikuttanut siihen, miten tapaukset on ratkaistu.

Kun adoptiotulkintajatkumosta tulee tunne, että EIT hivuttaa harkintamarginaalin alarajaa pikkuhiljaa korkeammalle, sitä mukaa kun se katsoo eurooppalaisen trendin kehittyvän, vaikuttaa uskonnollisten tunnusmerkkien suhteen tilanne täysin päinvastaiselta. Alarajaa harkintamarginaalille ei vedetä selkeästi missään ratkaisussa, vaan laajaa harkintamarginaalia korostetaan ja jäsenvaltioiden puuttuvaa yksimielisyyttä korostetaan tapausten ratkaisuisissa, eikä asenneilmastoa tai eurooppalaista trendiä mainita ratkaisuisissa. Kansalaisjärjestöjen osuus seksuaalivähemmistöjen adoptio-oikeuksia ja esimerkiksi transhenkilöiden oikeuksia koskevissa tapauksissa on suuri, samoin kuin uskonnollisia tunnusmerkkejä koskevissa tapauksissakin. Eroavaisuus tulkintajatkumojen välillä on siinä, miten muut jäsenvaltiot suhtautuvat ratkaisuihin. Uskonnonvapautta koskevissa tapauksissa muut jäsenvaltiot ovat ottaneet erittäin voimakkaasti kantaa toisten jäsenvaltioiden puolesta ja korostaneet jäsenvaltioiden laajaa harkintamarginaalia.

Kun seksuaalivähemmistöjen oikeuksia käsittelevää tulkintajatkumoa ja uskonnon vapautta käsitteleviä tapauksia verrataan keskenään, huomataan muutama olennainen seikka. Seksuaalivähemmistöjen tulkintajatkumolla EIT kehittää ratkaisujensa suuntaa trendin mukaan ja lopulta viimeinen ratkaisu on seksuaalivähemmistöjen oikeuksien kannalta erityisen positiivinen. Uskonnonvapautta koskevissa tapauksissa EIT tuntuu antavan jäsenvaltioille koko ajan suurempaa liikkumavaraa. Uskonnollisia tunnusmerkkejä koskevissa tapauksissa jäsenvaltioiden puuttuminen ja vuorovaikutus EIT:n kanssa tapausten ratkaisemiseksi on erityisen merkittävää. Tämä voi johtua esimerkiksi siitä, että uskonnon asema kansallisvaltiossa juurtuu juurensa syvälle valtion suvereniteetin ja

luonteen ytimeen, eivätkä jäsenvaltiot välttämättä halua EIT:n puuttuvan tällaiselle alueelle. Näin ollen myös ratkaisut, jotka tällaisissa kysymyksissä tehdään, on helpompi kokea epälegitiimeiksi. Toisaalta aikaisemmin todetulla tavalla tämä lienee hyvä esimerkki siitä, miten jäsenvaltiot itse toimivat EIT:n ratkaisujen valvojina ja miten ratkaisut muodostuvat juurikin vuorovaikutuksessa jäsenvaltioiden kanssa.²⁴² Ajallisella kehityksellä ei näytä olevan vaikutusta konsensuksen käytölle tuomioistuimen tulkinnasta, sillä tapaukset sijaitsevat yleisesti ottaen ajallisesti lyhyellä tarkasteluvälillä, eikä niiden ratkaisuista voi löytää niin selkeitä johdonmukaisuuksia, että siitä voisi tehdä ajalliseen kehitykseen liittyviä johtopäätöksiä.

Vastauksena vaatimukseen EIT tuntuu korostavan uskonnollisten tunnusmerkkien tapauksissa nimenomaan rooliaan eurooppalaisena valvojana, joka tarkkailee jäsenvaltioiden pysymistä rajojen sisällä. Tällä tavoin EIT ei ota roolia varsinaisesti aktiivisena minimitason määrittäjänä tai varsinkaan lainsäätäjänä. Arvioidessa EIT:n asemaa ylikansallisena tuomioistuimena ei voida unohtaa maailmanlaajuisia poliittista tilannetta, joka on varsinkin maahanmuuttoasioissa Euroopassa kiristynyt viime vuosina maahanmuuttajien määrän kasvaessa Euroopassa. Tämä on aiheuttanut kiristävää poliittista ilmapiiriä ja oikeistolaisten kansanliikkeiden nousua monissa jäsenvaltioissa, kun taas esimerkiksi seksuaalivähemmistöjen oikeuksia kohtaan kansalaisten mielipiteet ovat pikemminkin koko ajan lauhtuneet. Myös esimerkiksi Iso-Britannian kielteinen suhtautuminen EIT:n ratkaisuihin ja koko brexit –keskustelu voi vaikuttaa myös EIT:n asemaan. EIT voi kokea tarvetta tasapainotella jäsenvaltioiden näkemysten kanssa ja varmistaa, ettei sen legitimeetti pääse hiipumaan liikaa.

Johtopäätöksenä voitaneen näin ollen todeta, että EIT ja jäsenvaltiot käyvät koko ajan tiukkaa vuoropuhelua. Konsensusargumentoinnin osalta vaikuttaa, että tuomioistuin käyttää sitä nimenomaan legitimoimaan ratkaisujaan haluamaansa suuntaan, sillä ei voida aikaisemmin todetun perusteella katsoa, että EIT johdonmukaisesti joko toteaisi konsensuksen olevan olemassa tai sen puutteen. Harkintamarginaalin osalta EIT on todennut, että jäsenvaltioiden liikkumavara on laajaa erityisesti sellaisissa kysymyksissä, joissa mielipiteet vaihtelevat voimakkaasti kansalaistenkin keskuudessa, sillä tällöin kansallinen lainsäätäjä voi paremmin arvioida kansalaisten syvimpiä tunteja subsidiariiteettiperiaatteen mukaan. EIT ei suurimmassa osassa tapauksista kokenut tarpeelliseksi

²⁴² Ks. Esimerkiksi Pellonpää 2012, sivut 69-70.

rajoittaa jäsenvaltion harkintamarginaalia ja varsinkin uskonnonvapautta koskeissa tapauksissa se korosti erityisesti asemaansa eurooppalaisena valvojana. Näin ollen voitaneen katsoa, että EIT tuntuu mahdollisesti puutteellisen legitimitetin pelossa välttävän valta-aseman käyttöä suhteessa jäsenvaltioihin.

Konsensusargumentointi on kiistatta ainakin osin työväline, jolla EIT tekee ratkaisuisiaan legitiimimpiä jäsenvaltioiden näkökulmasta.²⁴³ Voidaankin kysyä, että miksi EIT ei käytä konsensusargumentteja kaikissa ratkaisuisissaan. Syynä tähän voi esimerkiksi olla se, että ratkaisu on niin selkeä, ettei sen legitimitetistä ole kyseenalaisuutta ollenkaan, tai se että ratkaisua ei saataisi legitiimiksi edes konsensusargumentteja käyttämällä, joten se jätetään tekemättä. Eli esimerkiksi seksuaalivähemmistöjen oikeuksia potentiaalisesti edistävä ratkaisu jätetään tekemättä, koska jäsenvaltioiden näkökulmasta ratkaisu ei olisi legitiimi edes konsensusargumentteja käyttämällä. Konsensusargumenttien käytön epäjohtonmukaisuutta, kuten esimerkiksi jäsenvaltioiden konsensuksen mittauksen epämääräisyyttä, on myös kritisoitu.²⁴⁴ Konsensuksen käyttämistä tapausten ratkaisemisessa voidaan pitää myös enemmistön valtana.

Izmirin, Interlakenin ja Brightonin julistusten voidaan katsoa olevan jäsenvaltioiden suoria kannanottoja EIT:n toimintaan, joiden kautta ne tuovat esille mihin suuntaan haluavat EIT:n ratkaisukäytäntöä ohjata. Julistusten viesti lienee aika selkeä: harkintamarginaalin roolia halutaan kasvattaa. Taustalla on luonnollisesti tuomioistuimen kasvava tapaustaakka ja sen purkaminen, mutta myös tietynlainen vastalause EIT:n tavalle kehittää ratkaisukäytäntöään.

EIT tasapainottelee ratkaisuja tehdessään monien eri muuttujien välimaastossa. Vaakakupissa painavat yhtäältä ihmisoikeuksien turvaaminen kaikissa sopijavaltoissa, että toisaalta legitimitetin säilyttäminen sopijavaltioiden silmissä. Voitaneen vetää johtopäätös, että koska jäsenvaltioista tuleva paine kehittää tulkintakäytäntöä laajan harkintamarginaalin suuntaan on kova ja legitimitetti tärkeä säilyttää, EIT joutuu tekemään ratkaisuja niin, ettei se ota kovin voimakkaasti kantaa ihmisoikeuksien laajentamisen puolesta. Konsensusargumentit mahdollistavat yleensä sekä harkintamarginaalin laajentamisen, että supistamisen riippuen ihan siitä, mistä konsensusta etsitään ja miten sitä halutaan käyttää. Mikäli tuomioistuin katsoo, että jäsenvaltiot ovat muuttuvissa asen-

²⁴³ Dzehtsiarou 2009, s. 539.

²⁴⁴ Dzehtsiarou 2009, s. 540.

neilmastoissa valmiit hyväksymään tietyn ihmisoikeuksien kannalta edistyneemmän ratkaisun, se voi käyttää konsensusta trendinomaisena argumenttina. Toisaalta mikäli vaikuttaa siltä, etteivät jäsenvaltiot hyväksyisi ratkaisua, se voi todeta, ettei konsensusta voida katsoa olevan, kuten uskonnon vapauteen liittyvissä tapauksissa. Ei pidä kuitenkaan ymmärtää niin, että EIT aina pelaisi jäsenvaltioiden suhteen niin sanotusti varman päälle, kuten johdannossa todettiin, on EIT tehnyt lukuisia ratkaisuja, jotka eivät jäsenvaltioissa ole herättäneet suurta kannatusta. Näin ollen voidaan todeta, että vaikka valta tehdä ratkaisuja on viime kädessä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella, ei se toimi muusta maailmasta irrallisena toimijana vaan sen ratkaisuihin vaikuttavat useat eri tekijät. Erityisesti jäsenvaltioiden suhtautuminen ratkaisuihin on legitimizeettiongelman vuoksi tekijä, jota EIT ei voi ratkaisuissaan jättää huomiotta. Ilman legitimizeettiä EIT ei voisi suojata ihmisoikeuksien toteutumista sopimusalueella, ja se lienee yksiselitteisesti suurempi paha kuin se, että EIT ei nykyisellään aina voi tehdä ihmisoikeuksien kannalta kaikkein edistyneintä ratkaisua.